

WYROK
z dnia 15 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza □ w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik
Członkowie: Przemysław Dzierżędzki
Rafał Zadrozny
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 listopada 2017 r. przez wykonawców:

- 1) **W. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W. B.** (sygn. akt KIO 2525/17),
- 2) **J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z.** (sygn. akt KIO 2529/17),

w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**,
przy udziale:

- 1) **J. Z. prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z.**,
zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2525/17,
- 2) **W. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W. B.**,
zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawie o sygn. akt KIO 2529/17,
- 3) **Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego w sprawach o sygn. akt: KIO 2525/17 i KIO 2529/17,

orzeka:

I. Sygn. akt KIO 2525/17:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 2.a, 2b – w odniesieniu do obowiązków Zamawiającego dotyczących zachowania poufności informacji oraz 4 – w odniesieniu do kar umownych określonych w § 6 ust. 3 pkt 11 i 18 wzoru umowy;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża W. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą „BYŚ” W. B. i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

II. Sygn. akt KIO 2529/17:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu numerami: 1a, 1h oraz 1i;
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania obciąża J. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z. i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 3.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie:

trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

2

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

3

Sygn. akt: KIO 2525/17 KIO 2529/17

Uzasadnienie

Zamawiający ☐ Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w Warszawie ☐ prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy.*

Sygn. akt KIO 2525/17

W dniu 27 listopada 2017 r. wykonawca W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” W. B. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp oraz art. 353 i k.c., art. 487 § 2 Kc.

Zarzut nr 1.a

Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy, a termin jego realizacji przypada na okres 01.01.2019 r. - 31.12.2020 r. Zamówienie podzielone zostało na 9 zadań, przy czym, jak wynika z pkt 4 Części II SIWZ, Zamawiający dokonał podziału na części według ilości odpadów, tj. do każdego zadania została przyporządkowana wskazana w pkt 4 ilość odpadów z podziałem na rok 2019 i 2020. Ilości wskazane w przywołanym punkcie stanowią maksymalne ilości odpadów, których zagospodarowanie jest objęte umową. Z kolei w pkt 26 Części II SIWZ Zamawiający zadeklarował ilości minimalne odpadów, również z podziałem na zadania i lata realizacji zamówienia. Różnica w ilościach pomiędzy ilością minimalną i ilością maksymalną, to ilość odpadów, jaka może być zagospodarowana w ramach prawa opcji. Zamawiający wskazał w pkt 26 Część II SIWZ, że zastrzega sobie prawo do realizacji pozostałego zamówienia na zasadach prawa opcji. Decyzja o usługach objętych prawem opcji uzależniona będzie od decyzji Zamawiającego, podczas gdy na wykonawcę nałożony w ten sposób zostaje obowiązek realizacji usług do ustalonego w ramach prawa opcji poziomu maksymalnego na warunkach zawartej umowy, bez konieczności negocjacji między stronami. Zgodnie z pkt 24 Części II SIWZ umowy na poszczególne zadania będą realizowane w oparciu o ceny jednostkowe zaproponowane przez wykonawcę w ofercie najkorzystniejszej zgodnie z faktycznymi potrzebami Zamawiającego z zastrzeżeniem, że umowa będzie realizowana do wyczerpania maksymalnych wielkości zamówienia. Z pkt 11 Części II SIWZ wynika przy tym, że na podane powyżej ilości odpadów komunalnych składa się w istocie 7 różnych frakcji odpadów

4

komunalnych (odpadów o różnych właściwościach i charakterze, podlegających odmiennym regulacjom prawnym, przetwarzanych w innych procesach i w innych instalacjach). Zamawiający w pkt 12 podał szacowany procentowy udział odpadów poszczególnych frakcji w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania.

Odwołujący podniósł, że powyżej wskazane dane, poza ilością maksymalną, są ilościami deklarowanymi i szacowanymi. Wykonawca nie ma więc pewności, ile i jakich

odpadów trafi ostatecznie do niego do zagospodarowania w okresie realizacji zamówienia ani w jakich ilościach i terminach poszczególne odpady będą przekazywane do przetworzenia. Na podstawie tak ogólnych informacji nie jest możliwe rzetelne skalkulowanie ceny ofertowej.

Odwołujący wskazał, że z pkt 4.12 Części I SIWZ wynika, że Zamawiający wprowadził obowiązek osobistego zagospodarowania przez wykonawców zmieszanych odpadów komunalnych (odpady o kodzie 20 03 01), przy czym z zapisów SIWZ i obowiązującego prawa wynika, że te odpady muszą zostać zagospodarowane w regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) właściwej dla danego regionu gospodarki odpadami. Wszystkie instalacje regionalne funkcjonujące w obecnym regionie warszawskim gospodarowania odpadami, do którego przynależy m. st. Warszawa (i tak jest w całym kraju) mają określone maksymalne roczne moce przerobowe, tj. udzielone w związku z ich funkcjonowaniem pozwolenia zintegrowane określają maksymalną ilość odpadów danego rodzaju możliwą do przetworzenia w danej instalacji w roku kalendarzowym. Tak określona wydajność instalacji jest ustalana poprzez wydajność dzienną urządzeń składających się na instalację i ilość dni, w których instalacja pracuje (w tym ilość zmian, na jakich instalacja pracuje). Zmieszane odpady komunalne nie mogą, ze względu na swoje właściwości, być magazynowane w dłuższych okresach przed podaniem ich procesowi przetwarzania. W praktyce podmiot zarządzający RIPOK nie tylko nie może przetworzyć w ciągu roku więcej zmieszanych odpadów komunalnych niż wskazano to w udzielonym mu pozwoleniu, ale także dziennie może przyjąć z góry określoną, maksymalną ilość zmieszanych odpadów komunalnych do przetworzenia.

Zdaniem Odwołującego Zamawiający, nie wskazując w SIWZ maksymalnej ilości zmieszanych odpadów komunalnych, jaką może przekazać wykonawcy dziennie do przetworzenia, powoduje, że żaden z wykonawców, którzy mogliby wziąć udział w postępowaniu nie może ocenić, czy jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia. Trudno oczekiwać, że racjonalnie działający wykonawca przyjmie na siebie zobowiązanie do przyjęcia dziennie do przetworzenia we własnej instalacji bliżej nieokreślonej ilości odpadów komunalnych, zwłaszcza jeśli ma jednocześnie zapewnić, że przyjęcie odpadów będzie następowało w sposób niezakłócony, bez konieczności oczekiwania na wjazd i wyjazd

5

pojazdów Zamawiającego. Zamawiający nie wskazał w SIWZ żadnych zasad, na jakich będzie przekazywał („przydzielał”) odpady do przetworzenia do wykonawców. W świetle zapisów SIWZ możliwe jest zarówno proporcjonalne rozdzielanie między wykonawców wszystkich zadań odpadów przekazywanych do przetworzenia w danym miesiącu, kierowanie odpadów do przetworzenia w danym miesiącu w wybranych instalacjach (zadaniach), jak i przyjęcie takiego modelu, że w ciągu roku Zamawiający będzie wykorzystywał limity po kolei z kolejnych zadań. Przy tak różnych możliwościach wykonawca nie może więc w żaden sposób zaplanować pracy należącej do siebie instalacji.

Odwołujący dodał, że odpady pochodzące od Zamawiającego nie będą jedynymi odpadami, jakie wykonawca będzie musiał przyjmować do przetworzenia. Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, w granicach posiadanych mocy przerobowych, jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi lub z gminą organizującą odbieranie odpadów komunalnych, wchodzącą w skład regionu gospodarki odpadami komunalnymi.

Zdaniem Odwołującego, nie tylko brak maksymalnej dziennej ilości odpadów kierowanych do przetworzenia w instalacji wykonawcy powoduje brak możliwości złożenia oferty w postępowaniu, ale i brak wskazania w SIWZ ilości minimalnych. Odwołujący podkreślił, że zmieszane odpady komunalne w instalacjach RIPOK MBP (instalacjach do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów), a poza instalacją należącą do Zamawiającego tylko takie instalacje funkcjonują w regionie, są przetwarzane w sposób, który powoduje wydzielenie ze zmieszanych odpadów komunalnych kilku innych frakcji odpadów wymagających dalszego przetworzenia, frakcjami pozostałymi z przetworzenia zmieszanych odpadów najbardziej „problemowymi” są odpady przeznaczone do składowania (19 05 99) i odpady wysokoenergetyczne, które nie mogą trafić do składowania (odpady

o kodzie 19 12 12 i 19 12 10). Obowiązujące przepisy istotnie ograniczają możliwości ich przetworzenia (a więc odbiorców tych odpadów jest niewiele), a także nakładają wysokie opłaty za korzystanie ze środowiska, jeśli odpady te ostatecznie trafią na składowisko. Odwołujący chcąc zagospodarować te odpady musi znaleźć ich odbiorcę, przy czym z uwagi na trudną sytuację na rynku ma ograniczone możliwości negocjowania z odbiorcą cen i warunków dostaw. Regułą jest przy tym, że odbiorcy tego typu odpadów nakładają na Odwołującego obowiązki co do minimalnych i maksymalnych ilości odpadów przekazywanych do przetworzenia, i rocznie, przetworzenia tygodniowo, miesięcznie wprowadzając dodatkowe płatności za niezachowanie limitów minimalnych (za pozostawianie

6

w gotowości do świadczenia usługi). W sytuacji więc, gdy Odwołujący nie ma zapewnionych minimalnych ilości dostaw odpadów od Zamawiającego nie jest w stanie określić, jakie ilości wskazanych powyżej odpadów wytworzy dziennie, tygodniowo, czy miesięcznie, a w ślad za tym nie jest w stanie wywiązać się ze swoich obowiązków względem kolejnych odbiorców odpadów i należycie skalkulować kosztów wykonania zamówienia. Przy braku jakichkolwiek zapisów SIWZ dotyczących harmonogramu dostaw, teoretycznie może zdarzyć się, że Odwołujący nie otrzyma od Zamawiającego w danym miesiącu żadnych zmieszanych odpadów komunalnych do przetworzenia, pozostając w gotowości do świadczenia usługi i ponosząc z tego tytułu koszty oraz będzie zmuszony odmówić przyjęcia odpadów od innych potencjalnych dostawców. Kosztów z tym związanych wykonawca składający ofertę nie jest w stanie racjonalnie oszacować.

Zdaniem Odwołującego analogiczne zarzuty można postawić także wobec braku wskazania w SIWZ minimalnych i maksymalnych ilości odpadów przewidzianych do przetworzenia w danych okresie rozliczeniowym względem pozostałych rodzajów odpadów komunalnych. Także logistykę dostaw i przetwarzania tych odpadów wykonawca musi zaplanować, niezależnie od tego, czy odpady te przetworzy na instalacji własnej, czy instalacji podwykonawcy, i ma dla niego znaczenie to, czy w danym miesiącu dostanie od Zamawiającego do przetworzenia przykładowo 500 Mg odpadów zielonych, czy odpadów tych nie dostanie wcale. Na potrzeby realizacji zamówienia wykonawcy muszą „zarezerwować” część wydajności instalacji własnej lub podwykonawców, przy czym by móc to zrobić wykonawca musi chociaż orientacyjnie wiedzieć, jakie będzie zapotrzebowanie Zamawiającego na usługę.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia minimalnej i maksymalnej ilości zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów innych frakcji, jakie mogą być przekazane wykonawcy do przetworzenia dziennie,
Zarzut nr 1.b

Odwołujący podniósł, że Zamawiający w SIWZ nie wskazał także w sposób wiążący ilości poszczególnych rodzajów odpadów komunalnych przewidzianych do przetworzenia w danym okresie rozliczeniowym. W pkt 12 Części II SIWZ Zamawiający wskazał procentowy udział odpadów poszczególnych rodzajów, ale wskazanie to jest tylko szacunkowe (niewiążące).

Odwołujący podkreślił, że każdy z siedmiu rodzajów odpadów komunalnych objętych zamówieniem podlega przetworzeniu w innych instalacjach i innych procesach przetworzenia, przy czym koszty związane z przetworzeniem każdego rodzaju odpadu są inne (często koszty te są wręcz skrajnie różne). Powyższe nabiera szczególnego znaczenia,

7

jeśli uwzględni się, że zgodnie z Formularzem cenowym (część V SIWZ) wykonawcy biorący udział w postępowaniu podają tylko jedną cenę ofertową – cenę za zagospodarowanie 1 Mg odpadu, bez wskazania rodzaju zagospodarowanego odpadu. Cena wskazana w Formularzu cenowym ma co do zasady charakter niezmienny, będzie więc taka sama, jeśli Zamawiający prześle w danym miesiącu do przetworzenia 100 Mg zmieszanych odpadów komunalnych (odpadów o najwyższym koszcie przetworzenia) i 100 Mg odpadów „metale i tworzywa sztuczne” (odpadów o jednym z najniższych kosztów przetworzenia), jak i w sytuacji, gdy Zamawiający prześle wykonawcy 190 Mg zmieszanych odpadów komunalnych i 10 Mg odpadów „metale i tworzywa sztuczne”, a wykonawca w drugim przykładzie nie będzie miał żadnego roszczenia względem Zamawiającego. Wykonawca, zwłaszcza wobec braku

danych o minimalnych i maksymalnych ilościach odpadów przekazywanych i wobec braku gwarancji przekazania choćby minimalnych ilości odpadów danego rodzaju, nie jest więc w stanie racjonalnie skalkulować ceny ofertowej.

Odwołujący podniósł, że trudność w dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia nie może stanowić uzasadnienia dla przerzucenia na wykonawcę całego ryzyka związanego z koniecznością wykonania zakresu usług, a z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie. Przerzucenie na wykonawców całości ryzyka związanego ze zmianą strumienia odpadów komunalnych zwiększy koszty ofert złożonych w postępowaniu i doprowadzi do tego, że oferty te będą w istocie nieporównywalne.

Odwołujący zarzucił dodatkowo, że wobec braku gwarancji przekazania do przetworzenia wykonawcy choćby minimalnej ilości odpadów tzw. surowcowych (metali i tworzyw sztucznych, papieru, szkła), wykonawca nie może zagwarantować, że dochowa wymogi związane z zapewnieniem minimalnych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia (pkt 28 Część II SIWZ oraz pkt 20.1 Część I w zakresie kryterium oceny ofert). Poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia wyznaczone obowiązującymi przepisami na rok 2019 i 2020 są możliwe do osiągnięcia tylko jeśli odpady będą zbierane w sposób selektywny u źródła i jako odpady selektywne przekazywane do dalszego przetworzenia (tym bardziej poziomy podwyższone deklarowane w ramach kryterium). Ze zmieszanych odpadów komunalnych, których ilość z założenia ma sukcesywnie maleć, nie jest możliwe wydzielenie takiej ilości odpadów surowcowych, by spełnić wymagania, o których mowa. Jeśli więc w ramach danego zadania wykonawca będzie otrzymywał do przetworzenia tylko zmieszane odpady komunalne, co w świetle zapisów SIWZ jest teoretycznie możliwe, nie będzie miał możliwości wywiązać się z obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

8

-
- ☐ określenia w sposób wiążący minimalnej ilości odpadów komunalnych poszczególnych frakcji wskazanych w pkt 11 Część II SIWZ, jakie będą przekazane do przetworzenia w całym okresie realizacji umowy.
 - ☐ wyłączenie obowiązku osiągnięcia przez wykonawcę zadeklarowanych lub odpowiednio minimalnych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, tworzyw sztucznych, metali, szkła, w sytuacji gdy wykonawcy nie będą przekazane do przetworzenia odpowiednie do uzyskania tych poziomów ilości odpadów komunalnych papieru, tworzyw sztucznych, metali, szkła.

Zarzut nr 2.a

Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 17 Część II SIWZ Wykonawca zobowiązany jest do posiadania na terenie każdej RIPOK przeznaczonej do zagospodarowania odpadów zmieszanych punktu przeładunkowego dla odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Lokalizacja punktu przeładunkowego nie może ulec zmianie w trakcie obowiązywania umowy.

Zdaniem Odwołującego wymóg ten jest niezrozumiały i zarazem zbędny. W świetle zapisów SIWZ nie jest wiadome, w jakim celu punkt ten ma być uruchomiony, czy punkt ten wykonawca ma udostępnić Zamawiającemu, a jeśli tak to w jakim celu i na jakich zasadach, czy np. Zamawiający będzie mógł przeładowywać na tym punkcie odpady, które nie zostaną przekazane wykonawcy do przetworzenia. Wątpliwość ta jest o tyle istotna, że z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że Zamawiający własnym transportem przywozi odpady do wykonawcy – na teren instalacji RIPOK. Wykonawca ma obowiązek zapewnić możliwość odbioru odpadów w dni robocze od poniedziałku do soboty włącznie w godzinach od 6 do 22. Jeżeli dany odpad nie będzie przetworzony w instalacji RIPOK (np. wykonawca chciałby przetworzyć dany odpad w instalacji podwykonawcy), wykonawca będzie musiał na własny koszt i ryzyko przewieźć odpady do właściwej instalacji. Z punktu widzenia Zamawiającego bez znaczenia jest więc to, czy wykonawca dysponuje punktem przeładunkowym, chyba że taki punkt miałby być wykorzystywany przez Zamawiającego do innych celów. Jeśli jednak tak miałoby być, Zamawiający powinien cel ten w SIWZ wprost określić. W przeciwnym razie wykonawca nie wie, jaki obowiązek na nim spoczywa i jak oszacować koszty jego realizacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z SIWZ obowiązku zapewnienia przez wykonawcę punktu przeładunkowego.

Zarzut nr 2.b

Odwołujący wskazał, że w § 5 wzoru umowy Zamawiający wprowadził klauzulę poufności, zobowiązującą wykonawcę do zachowania w poufności określonych informacji

9

otrzymanych od Zamawiającego. Realizacja tego obowiązku jest zabezpieczona karą umowną. Umowa nie przewiduje natomiast analogicznego obowiązku po stronie Zamawiającego, co jest o tyle istotne, że Zamawiający prowadząc własne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych i świadcząc usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości *de facto* konkuruje z wykonawcami na innych rynkach.

Zdaniem Odwołującego, zgodnie z zasadą równości stron stosunku zakres zachowania zobowiązaniowego, obowiązku Zamawiającego dotyczącego w poufności danych wykonawcy powinien być określony w taki sam sposób, jak zakres obowiązku wykonawcy względem Zamawiającego (w tym Zamawiający powinien płacić wykonawcy kary umowne w razie naruszenia tego obowiązku).

Odwołujący podniósł również, że zbyt daleko idące jest uprawnienie Zamawiającego do kontroli sposobu i prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia przez wykonawcę wynikające z § 1 ust. 4 i 5 wzoru umowy (i odpowiednio ustępów kolejnych). W świetle tych postanowień, kontroli podlegają w szczególności zgodność wykonywania przedmiotu zamówienia z postanowieniami umowy oraz z przepisami prawa, sposób i prawidłowość utrzymania i eksploatacji instalacji. Zamawiający przeprowadza kontrolę, po uprzednim poinformowaniu wykonawcy o terminie i przedmiocie kontroli, nie później jednak niż na 24 godziny przed planowaną kontrolą. Zamawiający zastrzega sobie prawo udziału w kontroli podmiotów trzecich upoważnionych przez Zamawiającego (ust. 4). W przypadku gdy wykonawca realizuje umowę przy pomocy podwykonawców, uprawnienie Zamawiającego do przeprowadzenia kontroli oraz żądania przedstawienia informacji lub dokumentów w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego dotyczy również podwykonawców, co powinno być przewidziane w umowie zawartej pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą (ust. 5).

Odwołujący stwierdził, że wykonawcy prowadzący instalacje RIPOK i inne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych podlegają stałym kontrolom ze strony m. in. WIOS oraz organów wydających im pozwolenia zintegrowane lub tzw. pozwolenia sektorowe na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów. Instalacje RIPOK kontrolowane są przez uprawnione do tego organy nawet kilkakrotnie w ciągu roku kalendarzowego. Trudno znaleźć więc uzasadnienie dla prowadzenia dodatkowej kontroli instalacji także przez Zamawiającego, konkurencyjnego wykonawcę w innych zamówieniach, i to zwłaszcza w zakresie *sposobu i prawidłowości utrzymania i eksploatacji instalacji*. Zgodnie bowiem z art. 27 ust. 3 ustawy o odpadach, jeżeli wytwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów przekazuje odpady następnemu posiadaczowi odpadów, który posiada decyzję wymienioną w ust. 2 pkt 1 lub 2 albo posiada wpis do rejestru w zakresie, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. a (a taki jest wymóg SIWZ), odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami z chwilą ich przekazania, przechodzi na tego następnego

10

posiadacza odpadów. Skoro więc Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności administracyjnej za odpad przekazany wykonawcy, to poza jego zakresem zainteresowania winno być to, w jaki sposób wykonawca eksploatuje swoją instalację. Interes Zamawiającego zabezpieczony jest poprzez obowiązek posiadania przez wykonawcę stosownych zezwoleń (co gwarantuje przejście odpowiedzialności za odpad), a realizację obowiązków wykonawcy np. w zakresie osiągnięcia wymaganych poziomów odzysku, recyklingu i przygotowania do ponownego użycia Zamawiający weryfikuje na podstawie dokumentów przekazywanych przez wykonawcę (analogicznie, jak czynią to uprawnione do tego organy publiczne).

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- ☐ wykreślenia § 1 ust. 4 i 5 oraz § 1 ust. 8-16 wzoru umowy i innych postanowień SIWZ odnoszących się do kontroli instalacji wykonawcy i podwykonawcy,
 - ☐ zmodyfikowanie § 5 ust. 1 wzoru umowy w taki sposób, by obowiązek zachowania poufności informacji na analogicznych zasadach dotyczył Wykonawcy i Zamawiającego,
- Zarzut nr 3

Odwołujący wskazał, że zgodnie z § 3 ust. 2 wzoru umowy ceny nie mogą ulec zwiększeniu w okresie obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem postanowień § 9 ust. 5 pkt 1,

który dotyczy możliwości zmiany umowy w zakresie cen określonych w Formularzu cenowym, tylko wówczas, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynikać będzie z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a związanych ze zmianą należności publiczno-prawnych mających bezpośredni wpływ na cenę. Odwołujący podkreślił, że oferty będą składane w grudniu 2017 r., zaś usługa objęta zamówieniem będzie realizowana dopiero w 2019 r. i 2020 r.

Odwołujący wyjaśnił, że prowadząc instalację regionalną i przetwarzając relatywnie duże ilości odpadów komunalnych, ma zawarte umowy stałej współpracy z dalszymi odbiorcami odpadów, tzw. recyklerami, czy organizacjami odzysku odpadów. Żaden z kontrahentów Odwołującego, i według wiedzy Odwołującego żaden działający na rynku odpadów komunalnych podmiot, nie gwarantuje stałych cen nawet na okres kolejnego roku kalendarzowego. Od 2013 r. systematycznie wzrasta ilość tzw. odpadów surowcowych, co wpływa na spadek cen surowców na rynku przy systematycznym wzroście kosztów własnych wykonawców. Od 2017 r. obowiązuje zakaz składowania odpadów o określonej wartości opałowej, przy czym zakaz ten w głównej mierze dotyczy odpadów wytwarzanych z odpadów komunalnych. Od 2018 r. wejdą w życie przepisy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 6 marca 2017 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie opłat za korzystanie ze środowiska (Dz.U.2017.723), zgodnie z którym od 1 stycznia 2018 r. znacząco wzrastają stawki opłat za umieszczenie odpadów na składowisku. Odwołujący wskazał, że dla kluczowych odpadów

11

wzrost opłat będzie następujący: 2017 r. – 24,15 zł (100%), 2018 r. – 140,00 zł (580%), 2019 r. – 170,00 zł (704%). Zmiana wskazanych powyżej należności publiczno-prawnych jest znana, więc wejście w życie opłat w nowej wysokości nie będzie stanowiło podstawy do zmiany ceny na podstawie § 9 ust. 5 pkt 1 wzoru umowy.

Odwołujący dodał, że dla województwa mazowieckiego nie przyjęto nowego planu gospodarowania odpadami, a co za tym idzie nie jest wiadomym, jakie instalacje w 2019 r. i 2020 r. będą ostatecznie uprawnione do odbierania odpadów objętych przedmiotem zamówienia (i pozostałości z ich przetwarzania), przy czym jeśli konieczne okaże się dokonanie zmiany instalacji wskazanej w ofercie wykonawcy, cena za wykonanie zamówienia pozostanie w świetle zapisów SIWZ bez zmian.

Zdaniem Odwołującego wszystkie wskazane powyżej czynniki powodują i będą powodować w okresie do 2020 r. zmiany kosztów zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, przy czym wobec ilości zachodzących zmian na rynku, nie sposób obecnie oszacować, nawet w przybliżeniu, jak będą zmieniały się koszty wykonania usługi. O ile w przypadku innych rodzajów usług wykonawca jest w stanie oszacować w przybliżeniu koszty ich wykonania w 2019 i 2020 r. i ocenić ryzyko ewentualnego wzrostu kosztów, o tyle w branży usług zagospodarowania odpadów komunalnych jest to obiektywnie niemożliwe. Koszty świadczenia tego rodzaju usług zmieniają się w sposób skokowy, zależny od kilku różnych czynników i trudny do przewidzenia, a skutki zmian obowiązujących przepisów przedsiębiorcy odczuwają dopiero po kilku lub kilkunastu miesiącach. Zamawiający, wykluczając możliwość zwaloryzowania wynagrodzenia wykonawcy w innych sytuacjach niż wynikające z art. 142 ustawy Pzp oraz dokonania zmiany w takich sytuacjach wynagrodzenia w trybie art. 144 ustawy Pzp, przerzuca na wykonawcę całe ryzyko gospodarcze związane ze zmieniającą się sytuacją na rynku zagospodarowania odpadów komunalnych. Rozwiązanie to jest sprzeczne z zasadą równości stron stosunku zobowiązaniowego, a ponadto będzie prowadziło do zawyżania ceny ofertowej. Skoro wykonawcy nie będą mogli liczyć na podwyższenie wynagrodzenia, ryzyko wzrostu cen wkalkulują w cenę ofertową, przy czym wobec tak dużego poziomu niepewności co do przyszłych cen na rynku, poziom wyceny tego ryzyka u wykonawców może być skrajnie różny, co będzie prowadziło do nieporównywalności ich ofert.

Zdaniem Odwołującego powyższe okoliczności powodują konieczność wprowadzenia odpowiedniej klauzuli waloryzacyjnej do umowy. Wykonawca, który nie ma faktycznej możliwości ustalenia dziś kosztów zagospodarowania odpadów (wahających się o dziesiątki procent), powinien mieć możliwość wystąpienia o waloryzację wynagrodzenia na etapie realizacji umowy. Klauzule waloryzacyjne zmniejszają ryzyko wykonawcy związane ze wzrostem cen, ich zawarcie ma szczególne znaczenie przy realizacji umów

12

długoterminowych, w odniesieniu do których ryzyko wzrostu kosztów wykonania zamówienia jest znaczne. Zarazem ich zawarcie w umowach pozwala także chronić interesy Zamawiającego. Składając ofertę, wykonawcy muszą bowiem w kalkulować ryzyko związane ze wzrostem cen świadczonych usług, dostaw lub robót budowlanych. W związku z jego uwzględnieniem cena oferty może być wyższa. Klauzula waloryzacyjna pozwala natomiast na bieżące reagowanie i dostosowywanie się do zmian cen przedmiotu zamówienia publicznego i tym samym na brak konieczności wyceny tego ryzyka cenie ofertowej. Odwołujący powołał się na wyrok Sądu Najwyższego z 22 października 2014 r. (II CSK 773/13), zgodnie z którym zastosowanie klauzul adaptacyjnych należy uznać za dopuszczalne pod warunkiem, że informacja o tym będzie zawarta SIWZ lub ogłoszeniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia do wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej, przewidującej zmianę wynagrodzenia wykonawcy w sytuacji udokumentowanego wzrostu kosztów zagospodarowania odpadów powstałych w procesach przetwarzania odpadów komunalnych, w szczególności odpadów o kodach 19 05 99, 19 12 10, 19 12 12 – o wysokość udokumentowanego wzrostu kosztu, ewentualnie dopuszczenie możliwości dokonania zmiany umowy w zakresie ceny, jeżeli nastąpi wzrost kosztów zagospodarowania odpadów powstałych w procesach przetwarzania odpadów komunalnych, w szczególności odpadów o kodach 19 05 99, 19 12 10, 19 12 12, z jednoczesnym zagwarantowaniem wykonawcy prawa do rozwiązania umowy w sprawie zamówienia publicznego z zachowaniem 3-miesięcznego okresu wypowiedzenia, bez konieczności ponoszenia odpowiedzialności odszkodowawczej względem Zamawiającego, jeżeli wniosek wykonawcy o dokonanie zmiany umowy złożony w takiej sytuacji nie zostanie uwzględniony. Zarzut nr 4

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w § 6 ust. 3 wzoru umownych wprowadził bardzo szeroki katalog kar umownych, zastrzegając karę umową na wypadek nienależytego wykonania w zasadzie każdego obowiązku umownego. Kary, zgodnie z ust. 4, podlegają łączeniu, a Zamawiający nie przewidział górnego limitu nakładanych kar. To ostatnie pozostaje bardzo istotne, jeśli uwzględni się bardzo wysoką kwotowo wartość kar. Przykładowo w § 6 pkt 3 wzoru umowy przewidziano wysokie (potrójna wartość iloczynu ilości odpadów niezagospodarowanych i ceny jednostkowej netto za zagospodarowanie jednej tony odpadów powiększona o podatek od towarów i usług VAT) kary za:

- ☐ ppkt 1: za każdy przypadek niezagospodarowania w RIPOK zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych, ☐
- ppkt 2: za każdy przypadek zagospodarowania odpadów w instalacji innej niż: instalacje wskazane przez Wykonawcę w dołączonym do oferty oświadczeniu (Załącznik 3),

13

wskazanej przez Wykonawcę w dołączonym do oferty oświadczeniu (w przypadku awarii instalacji innej niż RIPOK).

Zdaniem Odwołującego, także kary umowne przewidziane w następujących punktach są skrajnie wysokie, przy czym w przypadku kary z pkt 14 jest ona dodatkowo oderwana od winy wykonawcy:

- ☐ W pkt 13 przewidziano karę za każdy stwierdzony przypadek oczekiwania pojazdu powyżej 15 minut na wjazd i rozładunek odpadów z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy w wysokości 1.000,00 zł za każdy pojazd;
- ☐ W pkt 14 przewidziano karę za niedotrzymanie terminów składania sprawozdań o których mowa w § 2 ust. 16 pkt 6 zawierających informacje i dokumenty o których jest mowa w § 2 ust. 17 i 18 w wysokości 5.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia; ☐
- W pkt 18 przewidziano karę za każde stwierdzone naruszenie, któregośkolwiek zapisu klauzuli poufności, o której mowa w § 5 – w wysokości 10.000.00 zł za każde naruszenie.

Odwołujący podniósł, że kary z pkt 1 i 2 są naliczane niezależnie od tego, czy odpady trafią do przetworzenia do instalacji uprawnionej do ich przetworzenia i czy zostaną one przetworzone w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Innymi słowy, kara będzie naliczona w takiej samej wysokości, gdy odpady zostaną przetworzone w sposób zgodny z prawem, ale w instalacji niewskazanej w ofercie i w sytuacji, gdy dojdzie do naruszenia obowiązujących przepisów i dodatkowo przetworzenia ich w instalacji niewskazanej w ofercie (bo jeśli odpady zostaną przetworzone niezgodnie z prawem, ale w instalacji wskazanej w ofercie kara nie będzie naliczana). Powyższe powoduje, że kary

naliczane są w oderwaniu od celu, jakiemu służą i w wysokości nieadekwatnej do stopnia naruszenia obowiązków. Ponadto umowa nie uwzględnia stanu prawnego dotyczącego RIPOK w województwie mazowieckim. 10 października 2017 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie wydał wyrok (sygn. akt IV SA/Wa 837/17), w którym oddalił skargę Województwa Mazowieckiego na rozstrzygnięcie nadzorcze Wojewody Mazowieckiego (LEX-I.413 1.15.2017), w którym stwierdził on nieważność uchwały Nr 209/16 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z 19 grudnia 2016 r. w sprawie uchwalenia Planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2011 wraz z załącznikami i uchwały 210/16 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 19 grudnia 2016 r. w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2022. Zgodnie z art. 152 § 1 ustawy Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi, w razie uwzględnienia skargi na akt lub czynność, nie wywołują one skutków prawnych do chwili uprawomocnienia się wyroku, chyba że sąd postanowi inaczej. Wobec powyższego, województwo mazowieckie, w tym jego RIPOK, funkcjonuje w oparciu o plan z 2012 r.

14

Dalej Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział w § 9 pkt 6 możliwość modyfikacji umowy w przypadku zmian prawa w zakresie m.in. regionów gospodarki odpadami czy statusu RIPOK. Sposób, w jaki skonstruowano tę przesłankę wskazuje, że nastąpi tylko ewentualna zmiana wskazanych instalacji. Konsekwencje tego stanu rzeczy są dalece poważniejsze, dla przykładu: jeśli instalacje (składowiska o pojemności wyznaczonej w 2012 r.) odmówią przyjęcia odpadów, wykonawca będzie nie tylko zmuszony do szukania innego sposobu zagospodarowania odpadów zgodnie z prawem, ale też zapłaci karę umowną bez żadnej winy po swojej stronie.

Z kolei w § 6 pkt 3 ppkt 3 przewidziano karę za nieosiągnięcie przez Wykonawcę w danym roku kalendarzowym poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych papieru, tworzyw sztucznych, metali, szkła zgodnie ze zobowiązaniem Wykonawcy określonym w § 2 ust. 13 pkt 1, w wysokości stanowiącej iloczyn brakującej masy odpadów wyrażonej w tonach, wymaganej do osiągnięcia poziomu oraz ceny jednostkowej netto za zagospodarowanie jednej tony odpadów wskazanej w formularzu cenowym zawartym w załączniku nr 2 do umowy powiększonej o podatek VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary umownej. W § 6 pkt 3 ppkt 4 dodano analogiczną karę związaną z poziomem ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Przede wszystkim, osiągnięcie określonego poziomu recyklingu wskazanych frakcji odpadów komunalnych jest zadaniem gminy i to ona ponosi odpowiedzialność za uchybienia mieszkańców w sposobie gospodarowania odpadami. Przyjęło się, że w drodze umowy można przenieść odpowiedzialność za nałożone kary umowne na podmiot odbierający odpady, jednak z całą pewnością nie można tej odpowiedzialności przenosić jeszcze niżej, na podmiot, który wykonuje techniczną czynność zagospodarowania odpadów, przy czym – w świetle obecnie obowiązujących zapisów SIWZ – nie ma żadnego wpływu na strumień odpadów, jakie zostaną mu przekazane.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- ☐ usunięcia w § 6 ust. 3 wzoru umowy punktów 1, 2, 3, 4, 11, 13, 14, 18, ewentualnie: ograniczenie odpowiedzialności wykonawcy do przypadków niewykonania lub nienależytego wykonania umowy, do których doszło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, zmniejszenia wysokości zastrzeżonych kar umownych do 1/3 wartości ich wysokości sprzed zmiany, wprowadzenia maksymalnej wysokości łącznie naliczonych kar umownych do poziomu 30% wynagrodzenia umownego,
- ☐ wyłączenia obowiązku osiągnięcia przez wykonawcę zadeklarowanych lub odpowiednio minimalnych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, tworzyw sztucznych, metali, szkła, w sytuacji gdy

15

wykonawcy nie będą przekazane do przetworzenia odpowiednie do uzyskania tych poziomów ilości odpadów komunalnych papieru, tworzyw sztucznych, metali, szkła.

Sygn. akt KIO 2529/17

W dniu 27 listopada 2017 r. J. Z. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą

P.P.H.U. Lekaro J. Z. wniosła odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów: art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i ust. 2 art. 91 ust. 2 ustawy Pzp.

Zarzuty 1a i 1b

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył przepisy art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez brak wskazania w SIWZ, że cały strumień odpadów z danego obszaru miasta Warszawy będzie przekazywany wykonawcy do zagospodarowania w ramach danego zadania oraz brak określenia minimalnych, gwarantowanych ilości odpadów, jakie zostaną przekazane do zagospodarowania w ramach realizacji danego zadania, w podziale na poszczególne frakcje odpadów, a także brak określenia regionu gospodarki odpadami odnoszącego się do poszczególnych zadań, co uniemożliwia ustalenie w jakiej instalacji posiadającej status RIPOK wymagane jest przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych. Zdaniem Odwołującego powyższe uniemożliwia rzetelne skalkulowanie ceny oferty oraz dotrzymanie obowiązków w zakresie osiągnięcia wskazanych w SIWZ minimalnych poziomów recyklingu, w tym uniemożliwia rzetelne określenie warunków oferty w kryterium „poziom recyklingu”.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający podaje jedynie maksymalne ilość odpadów z poszczególnych zadań (cz. II pkt 4 SIWZ) oraz gwarantowaną ich minimalną ilość (cz. II pkt 26 SIWZ), jednakże bez określenia frakcji tych odpadów. Z kolei w cz. II pkt 12 SIWZ Zamawiający podaje jedynie szacowany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania. Odwołujący może zatem zostać zobowiązany do zagospodarowania w ramach podanych ilości wyłącznie odpadów zmieszanych, w których zawartość frakcji podlegającej recyklingowi (papier, szkło, plastik, metal) jest drastycznie mniejsza niż w strumieniu odpadów selektywnie zbieranych. Uniemożliwia to rzetelne skalkulowanie ceny oferty, gdyż na jej wycenę zasadniczy wpływ ma możliwość poddania recyklingowi odpadów zbieranych selektywnie i uzyskanie z tego tytułu realnych korzyści finansowych, a ponadto czyni to niemożliwym osiągnięcie wymaganych w SIWZ poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia. Nie mając gwarancji otrzymania całego strumienia odpadów z terenu danego zadania wykonawca nie może odpowiadać za osiągnięcie założonych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia,

16

a sformułowane w treści SIWZ żądanie w tym zakresie prowadzi do ograniczenia konkurencji.

W ocenie Odwołującego niezbędne jest określenie w treści SIWZ, że cały strumień odpadów z danego obszaru miasta przekazywany będzie do wykonawcy danego zadania. Na wypadek oddalenia zarzutu dotyczącego braku wskazania w SIWZ, że cały strumień odpadów z danego zadania będzie przekazywany wyłącznie wykonawcy do zagospodarowania w ramach danego zadania niezbędne jest określenie w SIWZ ilości odpadów, jakie zostaną przekazane do minimalnych, gwarantowanych zagospodarowania w ramach realizacji danego zadania, w podziale na poszczególne frakcje odpadów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- ☐ w zakresie zarzutu nr 1.a – wskazania, że cały strumień odpadów z danego obszaru miasta Warszawy, tj. z tzw. „zadania” będzie przekazywany wyłącznie wykonawcy do zagospodarowania w ramach danego zadania;
- ☐ w zakresie zarzutu nr 1.b – określenia w SIWZ minimalnych, gwarantowanych ilości odpadów, jakie zostaną przekazane do zagospodarowania w ramach realizacji danego zadania, w podziale na poszczególne frakcje odpadów.

Zarzut nr 1.c

Odwołujący podniósł, że dla wyceny oferty oraz możliwości zadeklarowania spełnienia minimalnych wymagań w zakresie „poziomu recyklingu”, a także możliwości określenia warunków oferty w tym kryterium, niezbędne jest oszacowanie składu morfologicznego odpadów powstających w poszczególnych dzielnicach m. st. Warszawy (lub choćby ogólnie w mieście), potwierdzającego udział poszczególnych frakcji surowcowych w składzie zmieszanych odpadów komunalnych w oparciu o dane oraz badania dotychczas zebrane, a wynikające z realizacji odbioru i zagospodarowania odpadów w latach poprzednich. Aby wykonawca był w stanie rzetelnie skalkulować swą ofertę musiałby znać współczynnik ciężaru nasypowego poszczególnych odpadów oraz ciężaru objętościowego

poszczególnych strumieni i frakcji odpadów.

Odwolujący wskazał, że Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego (nr ZB0.27.1.2016.KB z dnia 10 lutego 2016 r.) na *Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów wytworzonych w wyniku przetwarzania odpadów komunalnych (zmieszanych, wielkogabarytowych i opakowaniowych z selektywnej zbiórki)*, a zatem praktycznie tożsamym z niniejszym postępowaniem, zawarł w OPZ (pkt 9) wielkości ciężaru nasypowego strumieni odpadów pochodzących z różnych źródeł.

17

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu załączenia do SIWZ badań składu morfologicznego odpadów lub informacji o składzie morfologicznym odpadów powstających w poszczególnych dzielnicach m. st. Warszawy (lub choćby ogólnie w mieście), potwierdzających udział poszczególnych frakcji w składzie zmieszanych odpadów komunalnych, a także podanie wielkości wskaźnika ciężaru nasypowego oraz ciężaru objętościowego poszczególnych strumieni i frakcji odpadów, jakie ma zagospodarowywać wykonawca.

Zarzut nr 1.d

Odwolujący podniósł, że dla zadeklarowania spełnienia wymogów w zakresie cyklicznego przyjmowania do zagospodarowania wskazanych w ramach danego zadania ilości odpadów niezbędne jest określenie przez Zamawiającego dziennych maksymalnych ilości odpadów przewidzianych do zagospodarowania z podziałem na frakcje. W świetle warunków zamówienia wykonawca zobowiązany jest bowiem do dziennego przyjęcia dowolnej ilości, dowolnej frakcji odpadów, pod rygorem obciążenia go karami umownymi za nienależytą realizację umowy. Możliwości wykonawców w zakresie dziennego przyjęcia i zagospodarowania odpadów są ograniczone, gdyż nie istnieją instalacje o nieograniczonych mocach przerobowych. Brak określenia dziennych maksymalnych ilości dostarczanych odpadów z podziałem na frakcje świadczy o braku jednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia oraz możliwości ograniczenia konkurencji.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia maksymalnych dziennych ilości odpadów z podziałem na frakcje.

Zarzuty nr 1.e i 1.f

Odwolujący wskazał, że stosownie do wymagań SIWZ wykonawca zobowiązany jest do przyjmowania cyklicznie dostarczanych przez Zamawiającego odpadów celem ich zagospodarowania. Za okoliczności takie jak konieczność postoju pojazdów Zamawiającego przed instalacją wykonawcy lub wagą najazdową u wykonawcy, czy brak możliwości rozładunku pojazdów Zamawiającego naliczane są kary umowne. Brak określenia choćby rodzaju pojazdów (ich wielkości, wagi, średnicy zawracania, sposobu ich wyładunku), które będą dostarczały odpady uniemożliwia ustalenie czy instalacje wykonawcy w ogóle posiadać będą możliwość obsługi pojazdów Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego istotne znaczenie ma dokładne wskazanie pojazdów jakimi odpady będą dostarczane. Parametry pojazdów (ich waga, wielkość, średnica zawracania) mają fundamentalne znaczenia dla przygotowania przez wykonawcę placu manewrowego dla pojazdów, zwłaszcza że za oczekiwanie na rozładunek dłuższe niż 15 min. Zamawiający może żądać kar umownych od wykonawcy. Na rynku funkcjonuje wiele typów nadwozi tzw.

18

śmieciarek, które różnią się w wielu aspektach, w tym w ilości miejsca potrzebnej na tzw. otwarcie odwłoka w trakcie którego następuje wysyp skompaktowanych odpadów. O ile liczbę samochodów, którymi dostarczane będą odpady można oszacować, to ilości miejsca potrzebnego na wyładunek takiej ilości odpadów z takiej liczby samochodów nie sposób przewidzieć nie znając ich parametrów, zwłaszcza że zachodzić będzie konieczność równoczesnego opróżniania odpadów z kilku lub kilkunastu pojazdów. Ponadto zupełnie nieprzewidywalne jest to, jakimi środkami transportu dostarczane będą odpady zbierane selektywnie. Praktyka rynkowa jest tu różna. Zdarza się odbiór takich odpadów tzw. śmieciarką (samochód bezpylny) lub np. samochodem dostawczym – skrzyniowym. Samochody skrzyniowe mogą mieć skrzynię-wywrotkę (nadwozie samowyładowcze) lub nie – wtedy zajdzie konieczność, aby pracownicy wykonawcy ręcznie rozładowali worki z odpadami zebranymi selektywnie. Nie wiadomo, czy odpady będą zbalowane, czy

dostarczone luzem. W odniesieniu do odpadu takiego jak szkło zasadnicze znaczenie dla możliwości i warunków jego zagospodarowania ma ustalenie, jakimi pojazdami odpad ten będzie dostarczany, z uwagi na kruszenie się szkła w trakcie transportu.

Odwołujący podniósł również, że dla możliwości zadeklarowania spełnienia wymagań Zamawiającego oraz określenia kosztów w zakresie zagospodarowania odpadów istotne znaczenie ma wiedza na temat tego, czy odpady będą dostarczane do wykonawcy bezpośrednio z odbioru od mieszkańców, czy może będą wcześniej przeładowywane przez Zamawiającego lub poddawane jakiemuś innemu procesowi technologicznemu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- ☐ w zakresie zarzutu nr 1.e – określenia formy, w jakiej odpady będą przekazywane oraz jakimi pojazdami, o jakiej maksymalnej ładowności, wymiarach, średnicy zawracania i sposobie rozładunku, w podziale na frakcje odpadów;
- ☐ w zakresie zarzutu nr 1.f – określenia, czy odpady będą trafiły do wykonawcy bezpośrednio od mieszkańców, czy uprzednio będą przeładowywane, sortowane, a jeżeli tak to w jaki sposób.

Zarzut nr 1.g

Odwołujący podniósł, że w cz. II pkt 31.6 SIWZ Zamawiający określił niemożliwe do dotrzymania terminy sporządzenia i przekazania Zamawiającemu sprawozdań miesięcznych i kwartalnych. Wskazał, że złożoność procesów zagospodarowania odpadów oraz recyklingu powoduje, że wielkości i ilości charakteryzujące te procesy nie muszą być od razu dostępne dla wykonawcy. Na pełne ustalenie wielkości, jakimi charakteryzowały się te procesy, ich wewnętrzne zweryfikowanie i opisanie potrzeba czasu, a terminy zawarte w SIWZ będą nakładały na wykonawcę niewspółmierne ciężary i koszty.

19

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany określonych w cz. II pkt 31.6 SIWZ terminów sporządzenia i przekazania sprawozdań miesięcznych i kwartalnych na następujące: 15 dni dla sprawozdań miesięcznych, 30 dni dla sprawozdań kwartalnych.

Zarzut nr 1.h

Odwołujący wskazał, że w cz. II pkt 33.4 Zamawiający nie określił kryteriów identyfikacji stanowiących podstawę do sporządzenia zestawienia ilości odpadów przyjętych do poszczególnych instalacji do zagospodarowania. Podniósł, że wykonawca nie może pozostawać w niepewności co do tego, jakich kryteriów zażąda Zamawiający. Przedstawienie wykazu kryteriów jest kosztotwórcze z uwagi na ich rodzaj. W literaturze przyjmuje się, że odpady charakteryzuje się wg 4 (umownych) grup wskaźników (kryteriów): ilościowe nagromadzenie odpadów, właściwości fizyczne, właściwości paliwowe, właściwości nawozowe.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia w cz. II pkt 33.4 „kryteriów identyfikacji” stanowiących podstawę do sporządzenia zestawienia ilości odpadów przyjętych do poszczególnych instalacji do zagospodarowania.

Zarzut nr 1.i

Odwołujący wskazał, że w cz. II pkt 39 SIWZ Zamawiający nie określił sposobu udokumentowania osiągnięcia poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia. Podniósł, że nie może być tak, że Zamawiający w sposób dowolny i swobodny będzie kwestionował dokumenty, którymi wykonawca będzie udowadniał osiągnięcie ww. poziomów. Ww. poziomy są kluczowe zarówno dla wykonawcy (ich nieosiągnięcie pozwala nałożyć na niego karę umowną), jak i pośrednio dla Zamawiającego (ich nieosiągnięcie powoduje konieczność zapłacenia przez Gminę kar za niedotrzymanie tych poziomów). Zdaniem Odwołującego, zasadniczym sposobem udokumentowania osiągnięcia oczekiwanych poziomów recyklingu winny być karty przekazania odpadów do recyklerów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia w cz. II pkt 39 SIWZ sposobu udokumentowania osiągnięcia poziomów recyklingu oraz przygotowania do ponownego użycia.

Zarzut nr 1.j

Odwołujący zakwestionował brak określenia w cz. II pkt 40 SIW, sposobu udokumentowania osiągnięcia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania i podniósł, że nie może być tak, że Zamawiający w sposób dowolny i swobodny będzie kwestionował dokumenty, którymi wykonawca będzie udowadniał osiągnięcie ww. poziomu.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia w cz. II pkt 40 SMW sposobu udokumentowania w ww. zakresie.

Zarzut nr 1.k

Odwołujący zakwestionował określenie w § 2 pkt 34 wzoru umowy, że każdy przypadek niewywiązania się wykonawcy lub nienależytego wykonania przez niego jakiegokolwiek zobowiązania nałożonego na niego w umowie stanowić będzie podstawę, po wyznaczeniu dodatkowego maksymalnie 2-dniowego terminu, do zlecenia innemu wykonawcy zastępczego wykonania na koszt i ryzyko wykonawcy. Odwołujący podniósł, że jest to przyznanie niewspółmiernie dużych i nieadekwatnych do potrzeb uprawnień Zamawiającego do kształtowania sposobu wykonania umowy, kosztem interesu wykonawcy. Zdaniem Odwołującego nie sposób przyjąć, aby konieczne było aż tak znaczące uprzywilejowanie Zamawiającego względem wykonawcy. Jest oczywiste, że w takim wypadku koszt zastępczego wykonania byłby wielokrotnie wyższy od kosztu własnego wykonawcy, bowiem wykonawca wykonania zastępczego najpewniej nie będzie działał w tak wielkiej skali, więc koszt jednostkowy czynności będzie wyższy. Brak jest obiektywnie weryfikowalnych przesłanek, aby twierdzić, że niewykonanie jakiegokolwiek zobowiązania przez wykonawcę w 2 dni od wezwania go wymagało stosowania wykonania zastępczego, które byłoby istotnie rzeczy sankcją. Zresztą trudno przyjąć, aby niektóre czynności niewykonane przez wykonawcę mogły być wykonane zastępczo, zwłaszcza jeżeli wykonanie ich wymaga dostępu do konkretnej instalacji w ramach regionu gospodarowania odpadami.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia § 2 pkt 34 wzoru umowy.

Zarzut nr 1.l

Odwołujący wskazał na brak określenia w § 5 wzoru umowy zobowiązań Zamawiającego w zakresie zachowania w poufności pozyskanych w trakcie umowy newralgicznych informacji dotyczących wykonawcy i podniósł, że naraża to interes wykonawcy wyrażający się w ochronie jego tajemnicy przedsiębiorstwa. Dane przekazywane przez wykonawcę, w przypadku ich upublicznienia, byłyby szczególne cenne dla konkurentów rynkowych wykonawcy, który mógłby z łatwością poznać np. strukturę kosztów własnych działalności wykonawcy.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu określenia w § 5 wzoru umowy zobowiązań Zamawiającego w zakresie zachowania w poufności pozyskanych w trakcie umowy newralgicznych informacji dotyczących wykonawcy (jego tajemnicy przedsiębiorstwa).

Zarzut nr 2

Odwołujący podniósł, że ustanowione przez Zamawiającego kary umowne nie odzwierciedlają faktycznej wartości przewinienia wykonawcy i są zupełnie oderwane od realnej wartości ewentualnie powstałej szkody. Wskazał, że nieprzypadkowo art. 483 § 1 Kodeksu cywilnego definiuje funkcję kary umownej jako naprawienie szkody. Kształtując warunki umowy w zakresie kar umownych Zamawiający winien zatem wziąć pod uwagę nie tylko stymulacyjną funkcję kar umownych, ale także przede wszystkim realną szkodę jaką może ponieść wskutek określonych działań i zaniechań wykonawcy i w odniesieniu do tych okoliczności kształtować zastosowany poziom kar. Tymczasem przykładowo Zamawiający wskazuje, że za stwierdzenie wykonywania przedmiotu umowy bez aktualnych uprawnień wykonawca zapłaci 2% łącznego wynagrodzenia powiększonego o podatek VAT. Zdaniem Odwołującego kara ta będzie zupełnie nieadekwatna, jeśli wykonawca wykona drobną część danego zamówienia bez uprawnień.

Odwołujący stwierdził, że o ile żaden z wykonawców nie przewiduje z góry nienależytego wykonania umowy, to każdy składając ofertę kształtuje ją przyjmując pewną rezerwę możliwości dokonania takiej zapłaty, biorąc pod uwagę nie tylko częstotliwość możliwości zaistnienia określonych przyczyn, ale także ustanowiony przez Zamawiającego poziom kar. Poza niezgodnością działań w zakresie ukształtowania kar umownych na zbyt wysokim poziomie z treścią obowiązujących przepisów, Zamawiający dodatkowo sam sobie szkodzi, w istocie musi bowiem zapłacić za wykonanie danego zamówienia większą kwotę niż powinien bowiem zakładana na zapłatę kar umownych rezerwa jest wyższa niż być

powinna. Przykładem działania kształtującego poziom zastosowanych kar umownych na rażąco wysokim poziomie jest możliwość łączenia kar umownych i karania wykonawcy z różnych podstaw prawnych za te same okoliczności. Postanowienia umowy powodują obowiązek karania wykonawcy za brak czynnego punktu przeładunkowego (§ 6 ust. 3 pkt 11 wzoru umowy), co z kolei może spowodować również czas oczekiwania pojazdu na wjazd i rozładunek przejazdu przez okres dłuższy niż 15 minut (§ 6 ust. 3 pkt 13 wzoru umowy), a w konsekwencji stwierdzenie odmowy przyjęcia odpadów do punktu przeładunkowego (§ 6 ust. 3 pkt 1 wzoru umowy). Tym samym z powodu jednej i tej samej okoliczności wykonawca może być ukarany aż trzykrotnie.

Odwolujący zakwestionował również brak określenia maksymalnych pułapów kar umownych i wskazał, że możliwość rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym, w przypadku w którym kary umowne przekroczą wartość zabezpieczenia należytego wykonania umowy, nie jest porównywalną instytucją. Podniósł, że prawo do ukształtowania kar umownych, nawet biorąc pod uwagę rolę Zamawiającego w kształtowaniu postępowania nie jest prawem nieograniczonym. Nie można bowiem kształtować stosunku prawnego

22

w sposób sprzeczny z celem i treścią instytucji kar umownych, oraz zasadom współżycia społecznego a także w sposób rażąco wygórowany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwolujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu zmiany § 6 wzoru umowy w następujący sposób:

- ☐ § 6 ust. 3 pkt 1 i 2 – poprzez wykreślenie lub obniżenie wysokości kar umownych do pojedynczej wartości iloczynów;
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 3 – poprzez wskazanie, że kary umowne nie będą należne, gdyby okazało się, że faktyczny skład morfologiczny odpadów zmieszanych istotnie odbiegał od badań morfologicznych odpadów załączonych do treści SIWZ; ☐
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 4 – poprzez jego wykreślenie; funkcję kary będzie pełnił brak zapłaty wynagrodzenia;
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 5 – poprzez jego wykreślenie;
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 6 – poprzez: obniżenie kary umownej do wartości 5 % wartości nieprzyjętych odpadów, wprowadzenie uzależnienia możliwości naliczania i egzekwowania kary od upływu 60 minut przeznaczonego na czas oczekiwania;
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 7 – poprzez obniżenie poziomu kary do wysokości 0,01 % wartości wynagrodzenia łącznego; ☐
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 8 – poprzez jego wykreślenie z uwagi na faktyczne pokrycie się okoliczności za które Wykonawca będzie karany określony w § 6 ust. 3 pkt 7;
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 9 – poprzez wykreślenie z uwagi na brak możliwości zidentyfikowania czego dotyczy (nieistniejący § 32 ust. 16 pkt 1);
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 10 – poprzez zmniejszenie wysokości kary do poziomu adekwatnego do danego przewinienia i uzależnienie kary umownej od wartości wykonanej części zamówienia bez posiadanych uprawnień i zezwoleń, a nie od całości wynagrodzenia brutto; doprecyzowanie pojęcia „każdy przypadek”;
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 11 – poprzez jego wykreślenie z uwagi na faktyczne powielenie zastosowania kar umownych do tych samych przypadków, co wskazane w § 6 ust. 3 pkt 6, względnie do obniżenia kary umownej do wysokości 0,02 % łącznego wynagrodzenia;
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 12 – poprzez obniżenie kary umownej do wysokości 0,1 % dziennego wynagrodzenia;
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 13 – poprzez jego wykreślenie z uwagi na wskazanie w § 6 ust. 3 pkt 6 i 11 tych samych okoliczności, względnie zwiększenie czasu oczekiwania do 60 minut; ☐
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 14, 15 i 16 – poprzez obniżenie wysokości kar umownych tam wskazanych do wartości odpowiednio 500 zł, 100 zł i 200 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;

23

-
- ☐ § 6 ust. 3 pkt 17 – poprzez obniżenie kary do wysokości 1 % łącznego wynagrodzenia brutto;
 - ☐ § 6 ust. 4 – poprzez wykreślenie możliwości łączenia kar umownych z uwagi na liczne przesłanki warunkujące możliwość naliczenia kar oraz ich poszczególne wartości;

- dodanie do § 6 ustępu wprowadzającego limit naliczonych kar do 10 % wartości wynagrodzenia brutto;
 - § 6 ust. 5 – poprzez wprowadzenie obowiązku, a nie jedynie możliwości, wystąpienia do wykonawcy o złożenie wyjaśnień;
 - § 6 ust. 9 pkt 4 – poprzez wydłużenie wskazanego tam terminu z 3 do 7 dni roboczych.
- Zarzuty nr 3 i 4

Odwołujący podniósł, że w sytuacji, w której z zakresu zamówienia wyłączony jest odbiór odpadów, a SIWZ nie przewiduje dostarczenia do wykonawcy całego strumienia odpadów z danego rejonu miasta, a nawet nie określa minimalnych ilości poszczególnych frakcji w ogólnej ilości odpadów, narzucenie w cz. II pkt 30 SIWZ wymaganych „poziomów recyklingu” prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp. Osiągnięcie narzuconych poziomów recyklingu jest bowiem jedynie w części zależne od wykonawcy, a w większej części zależy od czynników zewnętrznych takich jak: stopień ekoedukacji mieszkańców, jakości segregacji odpadów u źródła, sposób odbioru odpadów, czystość oraz rodzaju pojazdów odbierających odpady oraz jakości i stanu pojemników do gromadzenia odpadów.

Odwołujący podkreślił, że na mocy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów, od 2018 r. zostanie w Warszawie wprowadzony nowy system selektywnej zbiórki. Obecnie jednak nie zaktualizowano regulaminu utrzymania czystości i porządku w m.st. Warszawie, a zatem nie wiadomo, jaki faktycznie będzie standard selektywnej zbiórki, jakie będą częstotliwości odbioru, jak będą gromadzone odpady (np. w jakich pojemnikach). Z tych przyczyn trudna do oszacowania jest jakość i ilość poszczególnych frakcji, co ma realne przełożenie na ilość wysortowanych odpadów, które mogą być poddane recyklingowi. To z kolei ma zasadnicze znaczenie dla możliwości rzetelnego skalkulowania ceny oferty oraz możliwości osiągnięcia narzuconych poziomów recyklingu i zdefiniowania warunków oferty w świetle tego kryterium. Zasadność przedmiotowego zarzutu wynika ponadto z okoliczności, w której SIWZ nie gwarantuje wykonawcy, jaki rodzaj frakcji będzie mu dostarczany w ramach ogólnej ilości odpadów przewidzianych do zagospodarowania w ramach danego zadania.

24

Odwołujący podniósł również, iż określone w cz. II pkt 30 SIWZ minimalne poziomy recyklingu oraz przygotowania do ponownego użycia wyznaczone zostały w sposób sprzeczny z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz.U. z 2016 r. poz. 2167). Stosownie do tego rozporządzenia poziom na 2019 r. wynosi 40%, a na 2010 r. 50%. Brak jest uzasadnienia dla wyznaczenia poziomów recyklingu w przedmiotowym postępowaniu na wyższym poziomie. Wyższe poziomy mogłyby być oceniane co najwyżej w kryteriach oceny ofert, a ponadto wymaganie tak wysokich poziomów przy uwzględnieniu opisanych w treści odwołania braków SIWZ wprost prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Zdaniem Odwołującego, z analogicznych przyczyn za naruszające art. 7 ust. 1 oraz art. 91 ust. 2 ustawy Pzp należy uznać wprowadzenie kryterium oceny ofert „poziom recyklingu”.

Odwołujący podniósł, że za dodatkowo ograniczający konkurencję należy uznać brak możliwości zadeklarowania w kryterium „poziom odzysku” odrębnych poziomów recyklingu w podziale na poszczególne frakcje. Wyłącznie przy wprowadzeniu takiego podziału kryterium możliwe byłoby uznanie, że umożliwia ono rzetelne i zgodne z zasadą uczciwej konkurencji porównanie złożonych ofert. Brak jest uzasadnienia, dlaczego wykonawca nie może zadeklarować poziomu recyklingu np. szkła na 80 %, a papieru na 60 %, lecz musi zadeklarować jeden poziom odzysku dla wszystkich frakcji zbieranych selektywnie. Uniemożliwia to tym wykonawcom, którzy mają dostęp do nowatorskich i unikalnych technologii uzyskania swoistego benefitu w postaci lepszej oceny ich oferty, która jest przecież oceniana także pod kątem deklarowanych poziomów recyklingu.

Zdaniem Odwołującego, uwzględniając wskazane wady SIWZ wykonawcy mogą próbować zaoferować dowolne, maksymalne, niemożliwe do osiągnięcia i weryfikacji poziomy recyklingu. W tych okolicznościach wskazane jest określenie maksymalnych, możliwych do zaoferowania w ramach poszczególnych frakcji poziomów recyklingu.

Wskazane jest również dokonywanie oceny oferowanych poziomów recyklingu poszczególnych frakcji w określonym przedziale procentowym (od do). Niezasadne jest oczekiwanie dla podania przez wykonawców konkretnych wartości procentowych poszczególnych frakcji. Uzasadnione byłoby precyzowanie deklarowanych poziomów recyklingu w ramach określonych widełek procentowych.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- ☐ w zakresie zarzutu nr 3 – usunięcia cz. II pkt 30 OPZ, ewentualnie dokonania wskazanych w treści uzasadnienia zarzutu zmian oraz obniżenia minimalnych poziomów

25

recyklingu oraz przygotowania do ponownego użycia do poziomu 40% w 2019 r. oraz 50% w 2020 r.;

- ☐ w zakresie zarzutu nr 4 – usunięcia kryterium „poziom recyklingu”, ewentualnie dokonania zmian wskazanych w treści uzasadnienia niniejszego zarzutu oraz określenie jako maksymalnego możliwego poziomu recyklingu wielkości wynoszącej 55%.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełniają określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. mają interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez nich szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia.

Izba umorzyła postępowanie w części dotyczącej zarzutów, co do których Odwołujący złożyli na posiedzeniu oświadczenia o ich wycofaniu. W zakresie zarzutów podtrzymanych Izba stwierdziła, że odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SIWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 180 ust. 1 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania (art. 192 ust. 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SIWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów. W niniejszej sprawie Izba nie stwierdziła, aby zaskarżone postanowienia SIWZ naruszały przepisy prawa.

Zarzuty dotyczące zaniechania podania informacji o ilościach odpadów (KIO 2525/17, KIO 2529/17)

Izba ustaliła, że w Części II SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający podał następujące informacje dotyczące ilości odpadów do zagospodarowania:

- ☐ maksymalną planowaną ilość odpadów do zagospodarowania w okresie od 01.01.2019 r. do 31.12.2020 r.: 1.351.016 Mg w tym w 2019 r. – 675.508 Mg, w 2020 r. – 675.508 Mg (pkt 3),

26

-
- ☐ podział na 9 zadań z podaniem dla każdego z zadań maksymalnej planowanej ilości odpadów do zagospodarowania w 2019 r., 2020 r. oraz łącznie, a także określenie dzielnic m. st. Warszawy przypisanych do poszczególnych zadań ze wskazaniem, że cały strumień odpadów komunalnych z danego zadania będzie przekazywany do zagospodarowania wyłącznie Wykonawcy, z którym Zamawiający podpisze umowę na usługę zagospodarowania odpadów komunalnych w ramach tego zadania oraz że każdemu Wykonawcy realizującemu każde zadanie odpady do zagospodarowania będą przekazywane sukcesywnie w ilościach zależnych od ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców dzielnic przypisanych do danego zadania (pkt 4),
 - ☐ szacowany procentowy udział rodzajów odpadów w strumieniu przewidzianym do zagospodarowania w poszczególnych latach, z podziałem na zadania (pkt 12),
 - ☐ informację o deklarowanych minimalnych ilościach odpadów, z podziałem na lata

i zadania oraz zastrzeżenie prawa do realizacji pozostałego zamówienia na zasadach prawa opcji; decyzja o usługach objętych prawem opcji uzależniona będzie od decyzji Zamawiającego, podczas gdy na Wykonawcę nałożony w ten sposób zostaje obowiązek realizacji usług do ustalonego w ramach prawa opcji poziomu maksymalnego na warunkach zawartej umowy, bez konieczności negocjacji między stronami (pkt 26).

Odwołujący BYŚ zarzucił Zamawiającemu brak wskazania minimalnych i maksymalnych ilości zmieszanych odpadów komunalnych przewidzianych do przetworzenia dziennie oraz brak wskazania ilości odpadów danego rodzaju przewidzianych do przetworzenia. Odwołujący LEKARO sformułował zarzuty dotyczące nieokreślenia minimalnych, ilości odpadów, jakie zostaną do gwarantowanych przekazane zagospodarowania, w podziale na poszczególne frakcje odpadów, a także brak określenia maksymalnych dziennych ilości odpadów w podziale na poszczególne frakcje. Obaj wykonawcy zarzucili Zamawiającemu naruszenie przepisów art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, stanowiących, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, nie można go natomiast opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

W ocenie liczby zarzuty podniesione przez Odwołujących są niezasadne, gdyż opis przedmiotu zamówienia w tym zakresie – przy uwzględnieniu jego specyfiki – odpowiada normom określonym w art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Zamawiający określił granice ilościowe odpadów do zagospodarowania, tak w całym okresie obowiązywania umowy, jak i w poszczególnych latach, z podziałem na zadania, wskazując minimalne i planowane maksymalne ilości odpadów komunalnych do zagospodarowania, oszacował także podział

27

procentowy na poszczególne frakcje do zagospodarowania w poszczególnych latach w podziale na zadania. Dodatkowo Zamawiający w dniu 11 grudnia 2017 r. zmienił SIWZ w taki sposób, że 9 zadań, na które zostało podzielone przedmiotowe zamówienie, odpowiada podziałowi geograficznemu m.st. Warszawy oraz wskazał, że odpady stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia odbierane w ramach

danego zadania będą kierowane do instalacji wykonawcy, który uzyska zamówienie w ramach tego zadania. Nie ma więc wątpliwości, że wykonawcy składając ofertę na dane zadanie będą dysponować wiedzą, z jakiego obszaru odpady będą im przekazywane do zagospodarowania oraz że wszystkie odpady z tego obszaru trafią wyłącznie do ich instalacji. W związku z dokonaną zmianą SIWZ nieaktualne stało się twierdzenie Odwołujących mające potwierdzać słuszność sformułowanych zarzutów, jakoby Zamawiający nie wskazał zasad, na jakich będzie przekazywał odpady w poszczególnych zadaniach. Nie jest więc tak, jak twierdzili Odwołujący, że wykonawcy zostali pozbawieni informacji koniecznych do przygotowania oferty oraz że opis przedmiotu zamówienia doprowadzi do nieporównywalności ofert. Okoliczność taka nie została przez Odwołujących wykazana.

Nie sposób również uznać za potwierdzenie zasadności zarzutów argumentacji, że racjonalnie działający wykonawca nie przyjmie na siebie zobowiązania do przyjęcia dziennie do przetworzenia we własnej instalacji bliżej nieokreślonej ilości odpadów, narażając się na brak możliwości ich zagospodarowania. Zauważenia wymaga, że jakkolwiek ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia nie można wykluczyć, że ilość odpadów przekroczy moce przerobowe instalacji wykonawcy, to sytuacja taka została przez Zamawiającego uregulowana w punkcie 15 OPZ, gdzie wskazano, że wykonawca zobowiązany jest wówczas w trybie natychmiastowym do poinformowania Zamawiającego o zaistniałej sytuacji i przekazania odpadów do innej instalacji, wyznaczonej zgodnie z art. 38 ust. 2 pkt 2 ustawy o odpadach, na własny koszt. Znając wydajność własnej instalacji oraz dzielnicę m. st. Warszawy, z którego odpady będą przekazywane do zagospodarowania, wykonawca jest w stanie rzetelnie oszacować swoje możliwości oraz ryzyko poniesienia dodatkowych kosztów związanych z koniecznością skorzystania z instalacji zastępczej.

Nie może świadczyć o zasadności zarzutów złożony przez Odwołującego BYŚ dowód w postaci pozwolenia zintegrowanego wraz z załącznikiem, mający świadczyć o istnieniu maksymalnej wydajności instalacji oraz limitowanym okresie magazynowania odpadów. Nie są to bowiem okoliczności, które zobowiązywałyby Zamawiającego do podania informacji niemożliwych z góry do ustalenia. Jak wskazano powyżej, Zamawiający określił obowiązki

oferty i ocenione na podstawie doświadczenia wykonawcy i wiedzy o wydajności własnej instalacji.

W ocenie Izby Zamawiający przedstawił logiczne i przekonujące uzasadnienie braku możliwości podania danych dotyczących ilości odpadów o stopniu szczegółowości wnioskowanym przez Odwołujących. Wskazał, że przedmiotem postępowania nie są odpady wytwarzane przez Zamawiającego, a przez mieszkańców m.st. Warszawa i tym samym Zamawiający nie ma żadnego wpływu na ich ilość i skład. Podniósł, że w 1 stycznia 2019 r. wejdą w życie istotne zmiany w gospodarce odpadami związane z rozszerzeniem zakresu selektywnej zbiórki odpadów u źródła oraz rosnącymi wymogami dotyczącymi osiągania poziomów recyklingu, wprowadzony zostanie nowy system segregacji odpadów, tj. wydzielenie z selektywnej zbiórki papieru oraz wydzielenie z odpadów zmieszanych frakcji bio, co wywiera wpływ na zmianę morfologii odpadów, zatem podanie tak szczegółowych danych, jakich oczekiwali Odwołujący, nie jest możliwe. Podkreślenia wymaga również, że Zamawiający – jako podmiot, któremu powierzono do realizacji zadanie własne m.st. Warszawy polegające na zagospodarowaniu odpadów komunalnych (uchwała Nr LI/1251/2017 Rady Miasta Stołecznego Warszawy z dnia 6 lipca 2017 r.) – jest zobowiązany do zapewnienia zagospodarowania wszystkich odpadów wytworzonych przez mieszkańców Warszawy, nie może więc określić limitów odpadów (oraz ich poszczególnych rodzajów) w taki sposób, jak tego chcą Odwołujący, ryzykując niewykonanie obowiązku nałożonego na gminy przepisami ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Należy więc stwierdzić, że przyjęty przez Zamawiającego sposób opisu przedmiotu zamówienia w aspekcie ilościowym jest podyktowany jego obiektywnie uzasadnionymi potrzebami.

Dodatkowo zauważyć należy, że Odwołujący nie wykazali, aby w innych postępowaniach o analogicznym przedmiocie zamówienia, tj. obejmujących zagospodarowanie odpadów wytwarzanych przez mieszkańców gminy, określone były w sposób wiążący wnioskowane ilości odpadów. Jak zauważył Zamawiający, postępowanie, którego dotyczą dokumenty przedłożone przez LEKARO (wyciąg z SIWZ na „Odbiór odpadów stanowiących frakcję nadsitową powyżej 80 mm wytworzoną w wyniku mechanicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych”), dotyczyło odpadów wytworzonych w instalacji Zamawiającego, co zasadniczo odróżnia przedmiot zamówienia we wskazanym postępowaniu od przedmiotu zamówienia w postępowaniu prowadzonym obecnie.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Pzp, a profesjonalne podmioty działające na rynku odpadów – dysponując danymi o ilościach minimalnych i maksymalnych odpadów

komunalnych z podziałem na poszczególne lata, szacunkowym procentowym podziale na poszczególne frakcje oraz po uwzględnieniu dokonanych przez Zamawiającego zmian w SIWZ – są w stanie oszacować dane niezbędne do sporządzenia oferty i należycie ją skalkulować.

Zarzuty dotyczące poziomu recyklingu (KIO 2525/17, KIO 2529/17)

Izba ustaliła, że zgodnie z OPZ:

- ☐ Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia w każdym roku obowiązywania umowy: 1) poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, tworzyw sztucznych, metali, szkła zgodnie ze zobowiązaniem Wykonawcy zawartym w złożonej ofercie z uwzględnieniem pkt 29. Obliczenia dotyczące łącznej masy wytworzonych odpadów papieru, metalu, tworzyw sztucznych i szkła pochodzących ze strumienia odpadów komunalnych z gospodarstw domowych oraz od innych wytwórców odpadów komunalnych, należy wykonać na podstawie wzoru dla gmin określonego w rozporządzeniu Ministra Środowiska wydanym na podstawie art. 3b ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; 2)

poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska wydanego na podstawie art. 3c ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (pkt 28 OPZ),

- Minimalny gwarantowany przez Wykonawcę w każdym roku realizacji usługi poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła nie może być niższy niż 45% w roku 2019 i 55% w roku 2020 (pkt 30 OPZ).

W Części I SIWZ pkt 20.1 Zamawiający określił jako kryterium oceny ofert „Gwarantowany przez Wykonawcę poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych: papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła”, nadając mu wagę 10%. Zamawiający podał, że przyzna punkty wyłącznie za gwarantowany poziom recyklingu wyższy niż minimalny.

Odwołujący Lekarz podniósł, że postanowienia SIWZ przerzucają na wykonawców obowiązek uzyskania wskazanych poziomów recyklingu, a kryterium oceny ofert „Poziom recyklingu” zostało określone w sposób prowadzący do ograniczenia konkurencji i niezwiązany z przedmiotem zamówienia. Odwołujący BYŚ zarzucił, że wobec braku gwarancji przekazania do przetworzenia wykonawcy choćby minimalnej ilości odpadów tzw.

30

surowcowych (metali i tworzyw sztucznych, papieru, szkła), wykonawca nie może zagwarantować, że dochowa wymogi związane z zapewnieniem minimalnych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia.

W ocenie liczby wymogów dotyczących osiągnięcia określonego poziomu recyklingu nie można uznać za naruszające art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a w ustaleniu kryterium oceny ofert dotyczących tego poziomu nie można dopatrzeć się naruszenia art. 91 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

- 1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
- 2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
- 3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
- 4) aspekty innowacyjne;
- 5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
- 6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

Podkreślenia wymaga, że osiągnięcie poziomów recyklingu jest obowiązkiem prawnym gminy, która ponosi konsekwencje finansowe w przypadku ich nieosiągnięcia. Zamawiającemu zostało powierzone do realizacji zadanie własne m. st. Warszawy i określone zostały obowiązki wynikające z tego powierzenia. Wobec powyższego oczywistym jest, że Zamawiający wymaga od wykonawców realizujących zamówienie w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych osiągnięcia określonego poziomu recyklingu, a przerzucenia tego obowiązku na wykonawców nie sposób uznać za naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 oraz zasad wynikających z art. 7 ustawy Pzp. Jak wskazał Zamawiający, umowa w sprawie niniejszego zamówienia publicznego jest ściśle powiązana z warunkami ww. powierzenia i Zamawiający musi w jej ramach uwzględnić nałożone na siebie obowiązki, które umożliwią mu jego prawidłową realizację. Określony w SIWZ obowiązek jest więc podyktowany obiektywnie uzasadnionymi potrzebami Zamawiającego.

Nie zasługuje na uwzględnienie teza, jakoby osiągnięcie określonego poziomu recyklingu zależało jedynie od sposobu segregacji odpadów przez mieszkańców. Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów podważających stanowisko, że to od zaawansowania technologicznego instalacji, w której będą zagospodarowywane odpady

31

zależy, ile odpadów surowcowych będzie można odzyskać, a następnie przekazać do recyklingu. Jak wskazano w złożonym przez Zamawiającego piśmie Ministerstwa

Środowiska z dnia 26 czerwca 2015 r., mając na uwadze konieczność osiągnięcia wymaganych przepisami unijnymi poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia oraz odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych, w systemie gospodarki odpadami komunalnymi powinny funkcjonować instalacje umożliwiające efektywną i pełną realizację wyżej opisanych celów, które zapewnią bezpieczne i zgodne z przepisami przetworzenie odpadów komunalnych, a także w pełni zrealizują hierarchię sposobów postępowania z odpadami.

Nie zasługuje na uwzględnienie stanowisko Odwołującego LEKARO, że minimalne poziomy recyklingu oraz przygotowania do ponownego użycia wyznaczone zostały w sposób sprzeczny z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych. Podkreślenia wymaga, że rozporządzenie to określa poziomy recyklingu, których osiągnięcie w poszczególnych latach jest obowiązkiem gminy, należy je więc traktować jako minimalne, co jednak nie oznacza zakazu wyznaczenia w tym zakresie celu przekraczającego minima określone w rozporządzeniu i nie może być utożsamiane ani z naruszeniem przywołanego wyżej rozporządzenia, ani przepisów ustawy Pzp.

Izba nie dopatrzyła się również naruszenia przepisów ustawy w przyjęciu poziomu recyklingu jako jednego z kryteriów oceny ofert. Bez wątpienia jest to kryterium związane z przedmiotem zamówienia, związek pomiędzy zagospodarowaniem odpadów komunalnych a osiągnięciem określonego poziomu recyklingu nie budzi bowiem żadnych wątpliwości. Nie sposób również zakwestionować, że poziom recyklingu jest istotny z punktu widzenia Zamawiającego i przekłada się bezpośrednio na jakość oferty. Wobec wynikającej z wymogów unijnych konieczności systematycznego podwyższania osiąganego poziomu recyklingu należy uznać, że oferta na zagospodarowanie odpadów jest tym korzystniejsza pod względem jakościowym, im wyższy jest poziom recyklingu, do osiągnięcia którego wykonawca się zobowiązuje. Zauważyć również należy, że art. 91 ust. 2 ustawy Pzp wprost wymienia aspekty środowiskowe jako dopuszczalne kryterium oceny ofert.

Nie mogło świadczyć o zasadności zarzutu podejrzenie Odwołującego, że kryterium odnoszące się do poziomu recyklingu będzie powodować składanie ofert nierealnych, w których wykonawcy będą deklarować poziom niemożliwe do osiągnięcia. Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że ryzyko tego rodzaju istnieje w zasadzie w przypadku każdego kryterium jakościowego, jednak oferty każdorazowo, na właściwym etapie postępowania, podlegają ocenie m.in. pod kątem popełnienia czynu nieuczciwej konkurencji,

a Zamawiający będzie zobowiązany do wyeliminowania ofert, w których wskazano nierealne poziomy recyklingu w celu podwyższenia punktacji.

Zarzuty dotyczące postanowień SIWZ odnoszących się do kontroli instalacji wykonawcy i podwykonawcy (KIO 2525/17)

Izba ustaliła, że zgodnie z § 1 wzoru umowy:

- ☐ ust. 4. Zamawiający ma prawo do przeprowadzania kontroli sposobu i prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Kontroli podlegają w szczególności zgodność wykonywania przedmiotu zamówienia z postanowieniami Umowy oraz z przepisami prawa, sposób i prawidłowość utrzymania i eksploatacji instalacji. Zamawiający przeprowadza kontrolę, po uprzednim poinformowaniu Wykonawcy o terminie i przedmiocie kontroli, nie później jednak niż na 24 godziny przed planowaną kontrolą. Zamawiający zastrzega sobie prawo udziału w kontroli podmiotów trzecich upoważnionych przez Zamawiającego.
- ☐ ust. 5. W przypadku gdy Wykonawca realizuje umowę przy pomocy podwykonawców, uprawnienie Zamawiającego do przeprowadzenia kontroli oraz żądania przedstawienia informacji lub dokumentów w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego dotyczy również podwykonawców, co powinno być przewidziane w umowie zawartej pomiędzy Wykonawcą a podwykonawcą. Kontrola dotyczyć może w szczególności sprawdzenia przestrzegania przez podwykonawcę wymogów określonych w ust. 1-3, ust. 17 i § 8 w okresie obowiązywania umowy. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego okaże umowę z podwykonawcą w celu potwierdzenia, że zawiera ona postanowienia zgodne z powyższymi wymaganiami.

Oceniający powyższe postanowienia wzoru umowy stwierdzić należy, że Zamawiający określił w SIWZ zakres i cel kontroli, wskazując, że będzie ona obejmować zgodność z umowy oraz wykonywania przedmiotu zamówienia postanowieniami z przepisami prawa, a także sposób i prawidłowość utrzymania i eksploatacji instalacji. Zdaniem Izby nie ma żadnego nadużycia w fakcie, że podmiot odpowiedzialny wobec m. st. Warszawy za zapewnienie właściwego systemu zagospodarowania odpadów zastrzega sobie prawo do kontroli wykonawców i podwykonawców, co ma stanowić narzędzie zapewnienia niezakłóconego funkcjonowania tego systemu. Jednocześnie uprawnienia kontrolne Zamawiającego dotyczą na równi wszystkich wykonawców i w żaden sposób nie naruszają uprawnień przewidzianych w przepisach prawa dla właściwych organów administracji, w przypadku których istota i cel postępowania kontrolnego są inne. Nie można

33

dopatrzyć się w takich postanowieniach naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 7 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący niezmiennej ceny jednostkowej i braku klauzuli waloryzacyjnej (KIO 2525/17)

Izba ustaliła, że zgodnie z § 3 ust. 2 wzoru umowy ceny jednostkowe, o których mowa w formularzu cenowym zawartym w załączniku nr 2 do umowy zawierają w sobie koszty realizacji przedmiotu zamówienia w tym koszty ubezpieczeń, opłaty celne i podatkowe oraz wszelkie inne koszty Wykonawcy. Ceny nie mogą ulec zwiększeniu w okresie obowiązywania umowy, z zastrzeżeniem postanowień § 9 ust. 5 pkt 1. W § 9 ust. 5 pkt 1 wzoru umowy Zamawiający postanowił, że przewiduje możliwości zmiany treści zawartej umowy w zakresie cen określonych w Formularzu cenowym, tylko wówczas, gdy konieczność wprowadzenia takich zmian wynikać będzie z okoliczności, których nie można było przewidzieć w chwili zawarcia umowy, a związanych ze zmianą należności publiczno-prawnych mających bezpośredni wpływ na cenę w tym w przypadku, o którym mowa w § 3 ust. 10 i 11.

Odwołujący zarzucił, że brak możliwości zmiany wynagrodzenia z innych przyczyn stanowi naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7 ustawy Pzp oraz następujących przepisów Kodeksu cywilnego:

- ☐ Art. 353 ¹, zgodnie z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.
- ☐ Art. 487 § 2, zgodnie z którym umowa jest wzajemna, gdy obie strony zobowiązują się w taki sposób, że świadczenie jednej z nich ma być odpowiednikiem świadczenia drugiej.

Odnosząc się do powyższych zarzutów stwierdzić należy, że Zamawiający wprowadził do wzoru umowy klauzulę waloryzacyjną w zakresie, w jakim wymagają tego przepisy ustawy Pzp. Obowiązek Zamawiającego w tym zakresie dotyczy tylko okoliczności o których mowa w art. 142 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym umowa zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy zawiera postanowienia o zasadach wprowadzania odpowiednich zmian wysokości wynagrodzenia należnego wykonawcy, w przypadku zmiany:

- 1) stawki podatku od towarów i usług,
- 2) wysokości minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę,

34

3) zasad podlegania ubezpieczeniom społecznym lub ubezpieczeniu zdrowotnemu lub wysokości stawki składki na ubezpieczenia społeczne lub zdrowotne
- jeżeli zmiany te będą miały wpływ na koszty wykonania zamówienia przez wykonawcę.

Niewprowadzenie dodatkowych klauzul waloryzacyjnych czy uprawnień do zmiany ceny jednostkowej nie może być uznane za naruszenie przepisów. Zmiany kosztów ponoszonych przez wykonawcę w trakcie realizacji umów obejmujących dłuższy odcinek czasowy, są ryzykiem kontraktowym, które może być uwzględnione w cenie oferty. Dodatkowo, takie czynniki jak wzrost kosztów wynikający ze zmian przepisów prawa jest najwyraźniej możliwy do przewidzenia, skoro sam Odwołujący w treści odwołania przedstawił

wpływ zmian, które wejdą w życie w 2018 r. na koszty ponoszone przez wykonawców. Z kolei zmiana kosztów wynikająca ze zmieniających się warunków współpracy z kontrahentami jest naturalnym ryzykiem podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, które zresztą może zostać w pewnym stopniu ograniczone poprzez wynegocjowanie odpowiednich zasad współpracy. Wobec powyższego złożone przez Odwołującego dowody mające potwierdzać zmienność warunków finansowych współpracy z kontrahentami nie mogą być uznane za dowodzące zasadności zarzutów.

Należy również zwrócić uwagę, że ochronę dla stron umowy przed nieoczekiwanymi zmianami grożącymi ich interesowi ekonomicznemu, stanowi art. 357 ¹ Kc, zgodnie z którym jeżeli z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków spełnienie świadczenia byłoby połączone z nadmiernymi trudnościami albo groziłoby jednej ze stron rażąca strata, czego strony nie przewidywały przy zawarciu umowy, sąd może po rozważeniu interesów stron, zgodnie z zasadami współżycia społecznego, oznaczyć sposób wykonania zobowiązania, wysokość świadczenia lub nawet orzec o rozwiązaniu umowy. W zakresie natomiast, w jakim wykonawca przy zachowaniu należytej staranności może przewidzieć ryzyko wzrostu kosztów realizacji umowy, powinien to ryzyko uwzględnić przy sporządzaniu oferty. Jednocześnie nie może być argumentem przemawiającym za uwzględnienie odwołania twierdzenie Odwołującego, że brak klauzuli waloryzacyjnej spowoduje niekorzystne dla Zamawiającego skutki w postaci zawyżonych cen ofert. Uznając nawet taką tezę za prawdopodobną, nie mogłoby to prowadzić do uwzględnienia odwołania, podstawą takiego uwzględnienia może być bowiem wyłącznie naruszenie przepisów ustawy. Niezależnie od tego zauważyć należy, że wprowadzenie takiej klauzuli w brzmieniu proponowanym przez Odwołującego mogłoby jeszcze bardziej godzić w interes ekonomiczny Zamawiającego niż złożenie ofert z cenami uwzględniającymi ryzyko zmieniających się kosztów.

W ocenie Izby, w fakcie obowiązywania stałej ceny w dwuletnim okresie obowiązywania umowy, nie sposób dopatrzyć się naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 7

35

ustawy Pzp. Nie wykazano również jakiegokolwiek niezgodności z właściwością stosunku ani z zasadami współżycia społecznego (art. 353 ¹ Kc). Nie wiadomo również na czym miałyby polegać naruszenie art. 487 § 2 Kc, definiującego umowy wzajemne. Ustalenie stałej ceny dla całego okresu realizacji zamówienia w żaden sposób nie powoduje, że umowa traci cechę zobowiązania wzajemnego.

Na marginesie zauważyć należy, że wprowadzenie do wzoru umowy klauzuli waloryzacyjnej w brzmieniu opisanym w żądaniu odwołania nie tylko byłoby sposobem całkowitego uniknięcia ryzyka kontraktowego, ale co więcej, dawałoby wykonawcom możliwość nadużyć, polegających chociażby na zgłaszaniu nieuzasadnionych roszczeń pod groźbą rozwiązania umowy, co w konsekwencji mogłoby uniemożliwić zapewnienie sprawnego i niezakłóconego funkcjonowania systemu zagospodarowania odpadów.

Zarzuty dotyczące kar umownych (KIO 2525/17, KIO 2529/17)

Izba ustaliła, że zgodnie z § 6 ust. 3 wzoru umowy (po zmianach z 11 grudnia 2017 r.) wykonawca zobowiązany jest do zapłaty Zamawiającemu kary umownej:

- 1) z wyłączeniem sytuacji określonej w art. 38 ust. 2 pkt 2) ustawy o odpadach, za każdy przypadek niezagospodarowania w RIPOK zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych – w wysokości stanowiącej potrójną wartość iloczynu ilości odpadów niezagospodarowanych w tych instalacjach i ceny jednostkowej netto za zagospodarowanie jednej tony odpadów wskazanej w formularzu cenowym zawartym w załączniku nr 2 do umowy powiększonej o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary umownej;
- 2) za każdy przypadek zagospodarowania odpadów w instalacji innej niż określona w § 2 ust. 4 umowy lub instalacji innej niż wskazana zgodnie z § 2 ust. 5 lub 6 – w wysokości stanowiącej potrójną wartość iloczynu ilości odpadów niezagospodarowanych w tych instalacjach i ceny jednostkowej netto za zagospodarowanie jednej tony odpadów wskazanej w formularzu cenowym zawartym w załączniku nr 2 do umowy powiększonej o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary umownej;
- 3) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę w danym roku kalendarzowym poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia następujących frakcji odpadów komunalnych

papieru, tworzyw sztucznych, metali, szkła zgodnie ze zobowiązaniem Wykonawcy określonym w § 2 ust. 13 pkt 1) – w wysokości stanowiącej iloczyn brakującej masy odpadów wyrażonej w tonach, wymaganej do osiągnięcia poziomu oraz ceny jednostkowej netto za zagospodarowanie jednej tony odpadów wskazanej w formularzu

36

cenowym zawartym w załączniku nr 2 do umowy powiększonej o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary umownej;

- 4) za nieosiągnięcie przez Wykonawcę w danym roku kalendarzowym poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie ze zobowiązaniem Wykonawcy określonym w § 2 ust. 13 pkt. 2) – w wysokości stanowiącej iloczyn brakującej masy odpadów wyrażonej w tonach, wymaganej do osiągnięcia poziomu oraz ceny jednostkowej netto za zagospodarowanie jednej tony odpadów wskazanej w formularzu cenowym zawartym w załączniku nr 2 do umowy powiększonej o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary umownej;
- 5) za stwierdzone wykonywanie przedmiotu umowy niezgodnie z wymaganiem określonym w pkt 14 Opisu Przedmiotu Zamówienia zawartym w załączniku nr 1 do umowy – w wysokości stanowiącej iloczyn masy odpadów wyrażonej w tonach przetworzonej niezgodnie z wymaganiem oraz ceny jednostkowej netto za zagospodarowanie jednej tony odpadów wskazanej w formularzu cenowym zawartym w załączniku nr 2 do umowy powiększonej o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary umownej;
- 6) za każdy przypadek odmowy przyjęcia odpadów do instalacji lub punktu przeładunkowego – w wysokości 0,2% łącznego wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary;
- 7) za uniemożliwienie realizacji uprawnień Zamawiającego przewidzianych w § 1 ust. 4-7 umowy dotyczących wykonywania umowy przez Wykonawcę lub podwykonawców – w wysokości 1,0% łącznego wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary;
- 8) za niezapewnienie w umowach z podwykonawcami realizacji uprawnień Zamawiającego przewidzianych w § 1 ust. 4-7 umowy dotyczących wykonywania umowy przez podwykonawców – w wysokości 0,1% łącznego wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary, za każdy przypadek;
- 9) za stwierdzone wykonywanie przedmiotu umowy niezgodnie z zasadami określonymi w § 2 ust. 16 pkt 1) – w wysokości 0,1% łącznego wynagrodzenia określonego w § 3 ust.

37

1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary, za każdy przypadek;

- 10) za stwierdzone wykonywanie przedmiotu umowy bez aktualnych uprawnień określonych w § 2 ust. 16 pkt 2) – w wysokości stanowiącej potrójną wartość iloczynu ilości odpadów zagospodarowanych bez aktualnych uprawnień określonych w § 2 ust. 16 pkt 2) i ceny jednostkowej netto za zagospodarowanie jednej tony odpadów wskazanej w formularzu cenowym zawartym w załączniku nr 2 do umowy powiększonej o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary umownej;
- 11) za brak działającego systemu informatycznego do prowadzenia ewidencji dostarczanych odpadów objętych przedmiotem zamówienia, o którym mowa w § 2 ust. 22 umowy – w wysokości 1,0% łącznego wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary, za każdy stwierdzony przypadek;
- 12) za każdy stwierdzony przypadek oczekiwania pojazdu powyżej 15 minut na wjazd i rozładunek odpadów z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy – w wysokości

- 1.000,00 zł za każde rozpoczęte kolejne 15 minut oczekiwania każdego pojazdu, z zastrzeżeniem że oczekiwanie pojazdu na wjazd i rozładunek odpadów powyżej 60 minut z przyczyn leżących po stronie skutkować będzie naliczeniem kary wyłącznie zgodnie z pkt. 6);
- 13) za niedotrzymanie terminów składania sprawozdań, o których mowa w § 2 ust. 16 pkt 6) zawierających informacje i dokumenty o których jest mowa w § 2 ust. 17 i 18 – w wysokości 5.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;
- 14) za niedotrzymanie terminów, o których mowa w § 2 ust. 10, 23 i 27 umowy oraz w pkt 41, 42 Opisu Przedmiotu Zamówienia zawartym w załączniku nr 1 do umowy – w wysokości 500,00 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;
- 15) za niedotrzymanie terminów, o których mowa w § 2 ust. 24 i 25 umowy – w wysokości 1.000,00 zł za każdy rozpoczęty dzień opóźnienia;
- 16) za rozwiązanie lub odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego lub Wykonawcę z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy, Zamawiający może naliczyć karę umowną – w wysokości 10,0% łącznego wynagrodzenia określonego w § 3 ust. 1 powiększonego o podatek od towarów i usług VAT naliczony zgodnie z przepisami obowiązującymi w dniu naliczenia kary.

38

Zgodnie z § 6 ust. 4 wzoru umowy, kary umowne, o których mowa w ust. 3 podlegają łączeniu, z zastrzeżeniem, że w przypadku naliczenia kary, o której mowa w ust. 3 pkt. 1), nie zostanie naliczona kara, o której mowa w ust. 3 pkt. 2). Zgodnie z § 6 ust. 5 wzoru umowy, w celu wyjaśnienia przyczyn mogących skutkować naliczeniem kar umownych, o których mowa w ust. 3 Zamawiający może wezwać Wykonawcę w celu złożenia wyjaśnień dotyczących stwierdzonego naruszenia wykonywania umowy. Wykonawca w terminie 7 dni od otrzymania wezwania złoży na piśmie wyjaśnienia. Po zapoznaniu się z wyjaśnieniami albo po bezskutecznym upływie terminu na złożenie wyjaśnień Zamawiający podejmie decyzję o naliczeniu kary umownej, o której poinformuje Wykonawcę w formie pisemnej.

Zgodnie z § 6 ust. 9 pkt 4 wzoru umowy, Zamawiający zastrzega sobie prawo rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym (bez zachowania terminu wypowiedzenia) lub ze skutkiem w terminie przez siebie wskazanym, w przypadku przerwania przez Wykonawcę wykonywania obowiązków objętych umową na okres dłuższy niż 3 dni robocze.

Odwolujący BYŚ zakwestionował kary umowne określone w § 6 ust. 3 pkt 1-4 oraz 13-14, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 353 ¹ i art. 487 § 2 Kc oraz art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ustawy Pzp.

Odwolujący Lekarz zakwestionował kary umowne określone w § 6 ust. 3 pkt 1-7, a także postanowienia § 6 ust. 4, 5 i 9 pkt 4 wzoru umowy, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 353 ¹ Kc w zw. z art. 139 ust 1 ustawy Pzp

Odnosząc się do powyższego w pierwszej kolejności stwierdzić należy, że zarzuty dotyczące kar umownych (tak dotyczące wysokości poszczególnych kar, jak i zasad ich naliczania, w tym kwestii łączenia) mogą zostać uznane za zasadne w sytuacji wykazania, że kary te są na tyle wysokie, że prowadzą do ograniczenia konkurencji w postępowaniu. W ocenie Izby Odwołujący nie podjęli nawet próby przeprowadzenia takiego dowodu, nie przedstawili chociażby żadnej symulacji, która potwierdzałaby, że podjęcie się realizacji zamówienia wiązałoby się dla wykonawcy z tak wysokim ryzykiem, że wyłącza ono ekonomiczną celowość ubiegania się o zamówienie, co w konsekwencji wyłącza lub niezasadnie ogranicza konkurencję w postępowaniu.

Należy przy tym mieć na uwadze specyfikę umów zawieranych w trybie ustawy Pzp, w przypadku których Zamawiający wyposażony został w większą możliwość określania zasad realizacji umowy. Zgodnie z art. 36 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający zobowiązany jest podać w specyfikacji istotnych warunków zamówienia istotne dla stron postanowienia, które zostaną wprowadzone do treści zawieranej umowy w sprawie zamówienia publicznego,

39

ogólne warunki umowy albo wzór umowy, jeżeli zamawiający wymaga od wykonawcy, aby zawarł z nim umowę w sprawie zamówienia publicznego na takich warunkach. Ustawa

przynajmniej więc zamawiającym możliwość określenia istotnych postanowień przyszłej umowy (a za takie należy uznać m.in. postanowienia określające odpowiedzialności kontraktowej) i podania ich do wiadomości wykonawców, którzy akceptują te postanowienia przystępując do udziału w postępowaniu. Fakt skorzystania przez Zamawiającego z przyznanego ustawowo uprawnienia kształtowania treści umowy nie stanowi sam w sobie o naruszeniu zasady swobody umów (art. 353 i 1 Kc).

W niniejszej sprawie Odwołujący nie przedstawili żadnego wyводу, który potwierdzałby naruszenie wskazanych przez nich przepisów ustawy Pzp i Kc. Odwołujący nie wykazali sprzeczności zaskarżonych postanowień z właściwością (naturą stosunku), nie można też uznać zarzutów za zasadne z powodu naruszenia bliżej nieokreślonych zasad współżycia społecznego. W zaskarżonych postanowieniach nie można też dopatrzeć się naruszenia art. 487 § 2 Kc, definiującego zobowiązanie wzajemne. Zarzuty obu odwołań w tym zakresie należy uznać za dążenie do korzystniejszego dla wykonawców ukształtowania postanowień przyszłej umowy, nie zaś za zwalczanie działań Zamawiającego naruszających przepisy prawa.

Dodatkowo, w odniesieniu do odwołania wykonawcy LEKARO, zauważyć należy, że Zamawiający w dniu 11 grudnia 2017 r. zmienił postanowienia m.in. § 6 ust. 3 pkt 9, 10, 11 i 13 oraz § 6 ust. 4, w związku z czym zarzuty dotyczą brzmienia nieobowiązującego w dacie orzekania w niniejszej sprawie.

Zarzut dotyczący braku określenia składu morfologicznego odpadów (KIO 2529/17)

Odwołujący zarzucił Zamawiającego brak przedstawienia badań składu morfologicznego odpadów lub informacji o składzie morfologicznym odpadów, a także brak przedstawienia wielkości wskaźnika ciężaru nasypowego oraz ciężaru objętościowego odpadów poszczególnych strumieni i frakcji odpadów do zagospodarowania. Uzasadniając przedmiotowy zarzut Odwołujący stwierdził, że wykonawca sporządzając ofertę musi znać udział poszczególnych frakcji surowcowych w składzie zmieszanych odpadów komunalnych w oparciu o dane oraz badania dotychczas zebrane, a wynikające z realizacji odbioru i zagospodarowania odpadów w latach poprzednich.

Zamawiający wyjaśnił, że obecny skład morfologiczny zmieszanych odpadów komunalnych nie będzie adekwatny do składu morfologicznego zmieszanych odpadów komunalnych w latach 2019 i 2020 z uwagi na: zmianę od 1 stycznia 2019 r. sposobu segregacji (wydzielenie frakcji bio ze zmieszanych odpadów komunalnych, wydzielenie

40

frakcji papieru ze strumienia selektywnej zbiórki), wymagania wysokich poziomów recyklingu oraz rosnącą świadomość potrzeby segregacji wśród mieszkańców. Tym samym wskazanie aktualnych danych dotyczących składu morfologicznego zmieszanych odpadów komunalnych nie będzie odzwierciedlało ich składu w roku 2019 i 2020. Analogicznie dotyczy to przypadku wskaźnika ciężaru nasypowego oraz ciężaru objętościowego poszczególnych strumieni i frakcji odpadów, jakie ma zagospodarować wykonawca, tym bardziej, że niektóre frakcje wskazane w SIWZ na tę chwilę nie są jeszcze wytwarzane przez mieszkańców i tym samym odbierane.

Odwołujący natomiast nie przedstawił w tym zakresie szerszego wyводу i nie wykazał, że znajomość danych „historycznych”, które z powodów wskazanych przez Zamawiającego nie będą miarodajne dla okresu realizacji zamówienia, jest niezbędna do sporządzenia oferty. Wobec powyższego nie zostało wykazane, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zarzuty dotyczące nieokreślenia formy, w jakiej odpady będą przekazywane, rodzaju pojazdów służących do transportu odpadów oraz niewskazania czy odpady będą trafiały do wykonawcy bezpośrednio od mieszkańców (KIO 2529/17)

Izba ustaliła, że Zamawiający nie zamieścił w SIWZ informacji w powyższym zakresie, a w dniu 11 grudnia 2017 r., udzielając odpowiedzi na pytanie nr 20, poinformował, że wykonawca ma obowiązek przyjąć odpady przywiezione każdym rodzajem pojazdu.

Oceniając przedmiotowy zarzut należy mieć na uwadze, że postępowanie nie obejmuje odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości na terenie m.st. Warszawy i ich transportu do zagospodarowania, a jedynie ich zagospodarowanie. W związku z tym Zamawiający wyjaśnił, że nie zna zasad odbioru odpadów (formy, w jakiej odpady będą

trafiały do wykonawcy i rodzaju pojazdów do tego wykorzystywanych) na lata 2019 i 2020, tym samym nie może spełnić żądań Odwołującego w tym zakresie, a wszelkie deklaracje Zamawiającego bez znajomości zasad odbioru wprowadzałyby w błąd i mogłyby wpływać na przyjęcie niewłaściwych założeń na etapie przygotowania oferty.

Po pierwsze wskazać należy, że fakt prowadzenia postępowania wyłącznie na zagospodarowanie odpadów komunalnych, nie był przez Odwołującego kwestionowany. Skoro przyjęta została taka formuła udzielania zamówienia, to za przekonujące należy uznać wyjaśnienia Zamawiającego o braku szczegółowych danych co do sposobu transportu odpadów do instalacji wykonawców. Po drugie, w ocenie Izby wykonawcy prowadzący profesjonalną działalność w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów posiadają wiedzę, jakie pojazdy są stosowane do odbioru poszczególnych frakcji odpadów, co

41

pozwala przyjąć właściwe założenia umożliwiające przygotowanie się do przyjęcia odpadów przywiezionych każdym rodzajem używanych do tego celu środków transportu.

W związku z powyższym brak jest podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący terminów sporządzania sprawozdań (KIO 2529/17)

Zgodnie z punktem 31.6 OPZ, wykonawca odpowiada za: sporządzanie sprawozdań miesięcznych i kwartalnych, których wzór stanowi odpowiednio załącznik nr 4 i nr 5 do umowy i przekazywanie w formie pisemnej do Zamawiającego w terminie 7 dni licząc od dnia zakończenia miesiąca kalendarzowego świadczenia usługi w przypadku sprawozdań miesięcznych oraz 20 dni licząc od dnia zakończenia okresu sprawozdawczego w przypadku sprawozdań kwartalnych.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby zaskarżone postanowienie w jakikolwiek sposób naruszało przepisy prawa, nie uprawdopodobnił nawet, aby sporządzenie sprawozdań we wskazanych terminach było obiektywnie niemożliwe. Ograniczył się do gołosłownego zanegowania możliwości sporządzenia sprawozdań we wskazanych terminach, powołując się na brak natychmiastowej dostępności niektórych danych, bez wskazania nawet o jakie dane chodzi oraz czym jest spowodowany taki brak dostępności. Stwierdził, że dotrzymanie terminów pociągałoby za sobą niewspółmierne koszty, przy czym nie sprecyzował z czego miałyby one wynikać. Tak sformułowanego zarzutu nie można uznać za zasadny, zwłaszcza zestawiając twierdzenia Odwołującego z postanowieniem punktu 37 OPZ, zgodnie z którym wykonawca zobowiązany jest do posiadania systemu informatycznego do prowadzenia ewidencji dostarczanych odpadów objętych przedmiotem zamówieniem. Będący częścią sprawozdania raport miesięczny stanowi bowiem wydruk z tego systemu (co nie zostało przez Odwołującego zakwestionowane).

Z kolei Zamawiający przedstawił przekonujące wyjaśnienie takiego określenia terminów przekazywania sprawozdań, wskazując na własne zobowiązania wobec m. st. Warszawy (obowiązek przekazywania miesięcznych informacji w terminie 15 dni licząc od dnia zakończenia miesiąca, którego dotyczy informacja oraz sprawozdania kwartalnego w terminie 40 dni licząc od dnia zakończenia okresu sprawozdawczego) i konieczność zapewnienia sobie odpowiedniego czasu na weryfikację sprawozdań składanych przez wykonawców, ewentualne żądanie korekt i opracowanie własnej sprawozdawczości, obejmującej teren całego m. st. Warszawy.

42

Zarzut dotyczący sposobu udokumentowania osiągnięcia poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (KIO 2529/17)

W punkcie 40 OPZ Zamawiający postanowił, że wykonawca w terminie do ostatniego dnia lutego przekaze Zamawiającemu pisemną informację o osiągniętym poziomie ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania za poprzedni rok kalendarzowy, zawierającą szczegółowy sposób wyliczenia osiągniętego poziomu, a brak udokumentowania osiągnięcia poziomów uznany zostanie za brak osiągnięcia tych poziomów przez Wykonawcę.

Odnosząc się do powyższego stwierdzić należy, że Zamawiający określił wystarczająco precyzyjnie kwestię udokumentowania osiągnięcia poziomów ograniczenia

komunalnych ulegających biodegradacji, stanowiąc, udokumentowania będzie pisemna informacja wykonawcy. Odwołujący twierdził, że Zamawiający w sposób dowolny i swobodny będzie kwestionował dokumenty, którymi wykonawca będzie udowadniał osiągnięcie ww. poziomu, nie wykazał jednak, z czego wywodzi jakąkolwiek dowolność w tym zakresie i nie podjął nawet próby wykazania, na czym polega naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący postanowienia wzoru umowy dotyczącego wykonania zastępczego (KIO 2529/17)

Izba ustaliła, że zgodnie z § 2 pkt 34 wzoru umowy, w przypadku niewywiązywania lub nienależytego wywiązywania się Wykonawcy ze zobowiązań umowy Zamawiający może po wyznaczeniu Wykonawcy dodatkowego terminu nie dłuższego jednak niż 2 dni robocze, zlecić wykonanie przedmiotu umowy innemu Wykonawcy, a różnicą w cenie obciążyć Wykonawcę, na co Wykonawca wyraża zgodę.

W ocenie Izby nie można zgodzić się z Odwołującym, że przytoczone wyżej postanowienie stanowi przyznanie Zamawiającego niewspółmiernie dużych i nieadekwatnych do potrzeb uprawnień do kształtowania sposobu wykonania umowy, kosztem interesu wykonawcy. Możliwość zlecenia wykonania zastępczego na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jest standardowym postanowieniem umownym, zabezpieczającym stronę umowy na wypadek nieotrzymania świadczenia. Wykonanie zastępcze jest tym bardziej istotne w odniesieniu do umów, w przypadku których brak nieprzerwanego należytego świadczenia usług wywołałby daleko idące skutki dla interesu publicznego, a do takich niewątpliwie należy umowa na zagospodarowanie odpadów komunalnych. Z uwagi na specyfikę tego rodzaju przedmiotu zamówienia Zamawiający nie tylko może, ale i powinien zabezpieczyć się przed ryzykiem przerwania

świadczenia usług czy ich nienależytego wykonywania. Również termin 2 dni roboczych na usunięcie naruszeń jest usprawiedliwiony przedmiotem zamówienia, należy bowiem mieć na uwadze, że brak możliwości zagospodarowania odpadów wpłynąłby na brak możliwości ich odbioru od mieszkańców, a trwanie takiego stanu rzeczy z oczywistych powodów (w tym z uwagi na możliwe zagrożenie epidemiologiczne) powinno być ograniczone do minimum.

Zarzut dotyczący braku określenia obowiązków Zamawiającego w zakresie zachowania poufności informacji (KIO 2529/17)

Izba ustaliła, że § 5 wzoru umowy w pierwotnym brzmieniu zawierał następujące postanowienia dotyczące obowiązków w zakresie poufności informacji:

1. Wykonawca jest zobowiązany do nie ujawniania Informacji, o których mowa w ust. 2.
 2. „Informacja” oznacza wszystkie informacje zawierające bądź składające się z wiedzy o charakterze organizacyjnym, operacyjnym, administracyjnym, ekonomicznym, marketingowym, handlowym lub finansowym dotyczące działalności gospodarczej prowadzonej przez Stronę.
 3. Klauzula nie dotyczy informacji, które w chwili podpisania tej umowy były publicznie dostępne.
 4. Wykonawca zobowiązuje się do utrzymywania Informacji w poufności przez przedstawicieli Wykonawcy, jego pracowników i ewentualnych podwykonawców a także do traktowania ich w każdym wypadku jako będących przedmiotem obowiązku zachowania tajemnicy. W szczególności Wykonawca zobowiązuje się do nie używania Informacji w sposób, który byłby szkodliwy dla Zamawiającego.
 5. Przekazanie informacji osobom trzecim jest możliwe wyłącznie pod warunkiem wcześniejszego otrzymania pisemnej (pod rygorem nieważności) zgody Zamawiającego.
- W dniu 11 grudnia 2017 r. Zamawiający zmodyfikował brzmienie § 5 wzoru umowy, dodając ust. 6-11 o treści:
6. Zamawiający zobowiązuje się do zachowania zasad poufności w stosunku do danych, informacji lub dokumentów przedkładanych mu przez Wykonawcę lub uzyskanych w związku z wykonywaniem umowy stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
 7. Wykonawca każdorazowo jest zobowiązany do wykazania Zamawiającemu, że

wyraźnego oznaczenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa i zabezpieczenia przed przypadkowym ujawnieniem. Brak wykazania, że zastrzegane informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i/lub zabezpieczenia przed przypadkowym ujawnieniem skutkuje uznaniem, że informacje nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa Wykonawcy i mają charakter jawny.

8. Zobowiązanie do zachowania poufności w stosunku do danych, informacji lub dokumentów przedkładanych mu przez Wykonawcę lub uzyskanych w związku umowy z wykonywaniem tajemnicę stanowiących przedsiębiorstwa Wykonawcy w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, określone w niniejszym paragrafie, nie narusza obowiązku dostarczania informacji uprawnionym do tego organom na podstawie bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa lub jeżeli jest to niezbędne dla zapewnienia należytego wykonania umowy lub realizacji uprawnień i zobowiązań Zamawiającego wynikających z odrębnych uregulowań, umów lub porozumień lub gdy jest to niezbędne w ramach prowadzonej przez niego działalności.

9. Dla uniknięcia wątpliwości Strony potwierdzają, że zastrzeżenie przez Wykonawcę danych, informacji i dokumentów jako tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie może ograniczać ani utrudniać realizacji niniejszej umowy, jak również realizacji zobowiązań i uprawnień Zamawiającego wynikających z odrębnych uregulowań, umów lub porozumień lub gdy jest to niezbędne w ramach prowadzonej przez niego działalności, w tym wynikających z powierzenia Zamawiającemu wykonania zadania własnego Miasta Stołecznego Warszawy w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Miasta Stołecznego Warszawy.

10. Wykonawca niniejszym wyraża zgodę na przekazywanie przez Zamawiającego danych, informacji lub dokumentów pozyskanych w związku z wykonywaniem umowy, w tym zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji podmiotom trzecim w zakresie w jakim jest to potrzebne dla realizacji uprawnień i zobowiązań wynikających z niniejszej umowy, jak również realizacji uprawnień i zobowiązań Zamawiającego wynikających z odrębnych uregulowań, umów lub porozumień lub gdy jest to niezbędne w ramach prowadzonej przez własnego Miasta Stołecznego Warszawy w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Miasta Stołecznego Warszawy, w szczególności następującym podmiotom:

- a) Miastu Stołecznemu Warszawa oraz podmiotom trzecim wskazanym przez Miasto Stołeczne Warszawa,
- b) organom nadzorującym Zamawiającego, audytorom, biegłym rewidentom, podmiotom

- kontrolującym Zamawiającego lub Wykonawcę,
- c) uprawnionym organom,
- d) instytucjom finansującym.

11. Wykonawca oświadcza, że przyjmuje do wiadomości i akceptuje, że Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za ujawnienie danych, informacji lub dokumentów zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez podmioty, którym je przekazano lub które w inny sposób weszły w ich posiadanie.

Wobec faktu, że Zamawiający zmienił SIWZ, dodając w § 5 postanowienia odnoszące się do jego obowiązków w zakresie postępowania z informacjami stanowiącymi tajemnicę przedsiębiorstwa, stwierdzić należy, że od 11 grudnia 2017 r. nie istniał stan faktyczny będący podstawą zarzutu, tj. brak uregulowania obowiązków Zamawiającego w zakresie zachowania poufności informacji. W związku z tym zarzut jest niezasadny, natomiast polemika z nową treścią SIWZ i podnoszenie ewentualnych wad wprowadzonych przez Zamawiającego postanowień jest w tym postępowaniu odwoławczym niedopuszczalne, nie było to bowiem objęte zarzutami sformułowanymi w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego zauważyć należy, że informacje stanowiące tajemnicę

przedsiębiorstwa podlegają ochronie prawnej mającej źródło w przepisach prawa powszechnie obowiązującego. Informacje takie korzystają z ochrony niezależnie od określenia w umowie obowiązku zachowania ich poufności, a osoba bezprawnie ujawniająca takie informacje podlega odpowiedzialności nie tylko cywilnej, ale również karnej.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołania podlegały oddaleniu.

46

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 z późn. zm.).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

47